Die Wirkung der Gläubigeranfechtung

Friedrich Schwarzer

Die Wirkung der Gläubigeranfechtung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL

vorgelegt von

Friedrich Schwarzer

Rechtsanwalt.

Landeshut 1912.
Druck von Hugo Hiltmann, Kreisblattdruckerei.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0065

Inhaltsangabe.

Einleitung.

I. Zweck und Voraussetzungen des Anfechtungsrechts.

II. Geschichtlicher Überblick. Die Entwicklung des Anfechtungsrechts

§ 1 im römischen und gemeinen Recht,
§ 2 im italienischen Recht,
§ 3 im französischen Recht,
§ 4 im preussischen Recht,
§ 5 im alten deutschen Recht.

III. Die rechtliche Natur der Gläubigeranfechtung.

§ 6. Ablehnung der Deliktsnatur.
§ 7. Ablehnung anderer Konstruktionsversuche. Anfechtungsanspruch eine olligatio ex lege.
§ 8. Die Hellwig'sche Theorie.

IV. Die Form der Geltendmachung und die Wirkungen der Gläubigeranfechtung

§ 9. Die Form der Geltendmachung vor 1900.
§ 10. Die Wirkung der Anfechtung vor 1900.
§ 11. Die Dinglichkeitslehre.
§ 12. Die Form der Geltendmachung nach 1900.
§ 13. Die Wirkung der Anfechtung nach 1900.

V. Anhang. Praktische Folgerungen aus dem Unterschied der Auffassung.

§ 14. Praktische Bedeutung für das formelle Recht.
§ 15. Praktische Bedeutung für das materielle Recht.

Einleitung.

Seitdem der Begriff der Anfechtbarkeit durch von Savigny[1]) im missverständlichen Anschluss an den römisch-rechtlichen Gegensatz von ipso iure und ope exceptionis, in die Rechtswissenschaft eingeführt worden ist, hat er die mannigfachsten Umwandlungen erfahren. Schon bei Savigny ist er sehr weit gefasst, und es ist ihm die Bedeutung einer Gegenwirkung gegen juristische Tatsachen im weitesten Sinne, die selbst die Herstellung eines wirtschaftlichen Gegengewichts gegen schädigende Rechtsfolgen umfasste, beigelegt. Im gemeinen Recht ist er dann zu einem Kollektivbegriff geworden, der das Verschiedenartigste in sich schloss[2]). Sowohl Revokationen, die, ohne den Bestand des Rechtsgeschäfts anzugreifen, seine Wirkungen ökonomisch rückgängig machten, als auch Reszissionen, die das Rechtsgeschäft mit rückwirkender Kraft aufhoben, sowie zahllose Zwischenbildungen hat man darunter begriffen. Erst im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Begriff Anfechtung zu einem technischen Ausdruck von ganz bestimmter Bedeutung geworden: „Es ist die Anfechtbarkeit eines Geschäfts diejenige Mangelhaftigkeit seines Inhalts, deren Hervorkehrung lediglich vom Willen eines der Beteiligten abhängt[3]).

Die Wirkung der Anfechtung ist im Bürgerlichen Gesetzbuch durchweg eine dingliche. Überall wird durch die Anfechtung das angegriffene Rechtsverhältnis mit dinglicher Kraft vernichtet, selbst bei familienrechtlichen

---

[1]) System 4 S. 537.

[2]) Leonhard, Irrtum II 313 ff., 330 f. Mitteis in Iherings Jahrbüchern 28 S. 114 ff.

[3]) Bruck, die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Breslau 1900. S. 30.

Verhältnissen, — soweit man dort noch von dinglicher Wirkung sprechen kann (vgl. z. B. § 1343 B. G. B.). Eine blos obligatorisch wirkende Anfechtung kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, die Regelung einer solchen haben die Motive[1]) ausdrücklich abgelehnt: Sie bemerken, dass die sogenannte obligatorische Anfechtbarkeit, welche lediglich einen durch Klage oder Einrede verfolgbaren Wiederausgleichungsanspruch gewähre, in den Entwurf Eingang nicht gefunden habe.

Es fragt sich nun, ob mit dem Geltungsbeginne des Bürgerlichen Gesetzbuches der Begriff der Anfechtung überall dort, wo er in Reichsgesetzen vorkommt, ebenfalls in dem technischen Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden ist.

Diese Frage ist zu verneinen, denn nach Art. 32 E. G. B. G. B. bleiben die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft, soweit sie nicht durch entgegenstehende Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und seines Einführungsgesetzes aufgehoben werden. Eine ausdrückliche Bestimmung aber, dass der Anfechtungsbegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch eine einheitliche Regelung gefunden habe und auch im übrigen Reichsrecht in diesem Sinne anzuwenden sei, ist nicht getroffen. In Frage könnte nur noch kommen, ob durch die Einführung eines einheitlichen Anfechtungsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch auch der Anfechtungsbegriff älterer Reichsgesetze eine Umgestaltung erfahren habe. Diese Frage ist unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Absicht des Bürgerlichen Gesetzbuches und des in Betracht kommenden Reichsgesetzes zu beantworten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt keine allgemeinen Regeln des Anfechtungsbegriffs auf, sondern regelt die Anfechtung nur von Fall zu Fall, wenn auch nach denselben Gesichtspunkten. Also keine allgemeine Regelung, sondern nur Bestimmungen für den einzelnen Fall, was

[1]) I, S. 220.

ist dies anderes, als die Aufgabe einer einheitlichen Gestaltung des Anfechtungsbegriffes über den Geltungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuches hinaus? Der Gesetzgeber will den vom Bürgerlichen Gesetzbuch geprägten technischen Begriff der Anfechtung nicht ohne weiteres auf andere Reichsgesetze angewandt sehen, und es ist überall dort, wo positive Gesetzesbestimmungen entgegenstehen oder die ratio legis eine abweichende Auslegung verlangt, ein andersgeartetes Anfechtungsrecht möglich.[1])

Diese Frage wird bedeutsam bei der Auslegung des Anfechtungsbegriffs der §§ 29—42 der Konkursordnung und des Reichsanfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879, 18. Mai 1898, des sogenannten Gläubigeranfechtungsrechts.

Trotz der entschiedenen Stellungnahme des Reichsgerichts[2]) ist die Frage, ob auf die Gläubigeranfechtung der Anfechtungsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finde oder ob die Gläubigeranfechtung ein hiervon abweichender Begriff mit verschieden gestalteten Folgen sei, lebhaft umstritten.[3])

Ehe hierauf näher eingegangen wird, muss in kurzem Überblick Zweck und Voraussetzungen des heutigen Anfechtungsrechts und seine geschichtliche Entwicklung gegeben werden.

I. Zweck und Voraussetzungen des Anfechtungsrechts.

Der Zweck des Rechtsgebildes der Gläubigeranfechtung ist der Schutz der Gläubiger gegen unbillige, schädigende Schiebungen des Schuldners und gegen das rücksichtslose, die gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger gefährdende Vordrängen einzelner Gläubiger.

[1]) vgl. Entsch. d. R. G in J. W. 1908 S. 444 Nr. 4.
[2]) vgl. insbes. R. G. 52 S. 334, 58 S. 44.
[3]) vgl. Kipp in J. W. 12 S. 14.

Die Anfechtung steht ausserhalb des Konkurses jedem Gläubiger, im Konkurse nur dem Verwalter zu (§ 36 K. O.) und kann nur erfolgen, wenn eine Schädigung eingetreten ist, d. h. wenn der Einzelgläubiger für seine fällige und vollstreckbare Forderung (§ 2 Anf. G., vgl. auch § 4, 5, 10) zwangsweise vollständige Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners nicht erlangt hat oder mit Wahrscheinlichkeit nicht erlangen wird. Für die innerhalb des Konkurses erfolgte Anfechtung ist durch die Konkurslage die unvollständige Befriedigung der Gläubiger erwiesen. Für die Einzelanfechtung sind ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen den Schuldner und die eingetretene Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens Klagevoraussetzungen, bei deren Mangel Klageabweisung mit Notwendigkeit erfolgen muss.

Die Tatbestände der Rechtshandlungen, die eine unbillige Schädigung der Gläubiger zur Folge haben und daher der Anfechtung unterliegen, sind in beiden Gesetzen, abgesehen von der speziellen Konkursanfechtung, einheitlich geregelt. Danach unterscheidet man:

1. Die Benachteiligungsanfechtung. Sie umfasst alle diejenigen Rechtshandlungen, die der Schuldner in der seinem Kontrahenten bekannten Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen hat (§§ 31 K. O., 3 Nr. 1 und 2 Anf. G.).

2. Die Schenkungsanfechtung, die unter bestimmten Voraussetzungen die unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners für anfechtbar erklärt (§ 32 K. O., § 3 Nr. 3 und 4 Anf. G.). Im Nachlasskonkurse werden auch die vom Erben erfüllten Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse und Auflagen der Anfechtung durch die Nachlassgläubiger unterworfen (§§ 222 K. O., 3a Anf. G.).

3. Die Konkursanfechtung. Sie ist lediglich für den Konkurs gegeben und bezweckt die Herbeiführung der gleichmässigen Befriedigung aller Konkursgläubiger. Daher werden Rechtsgeschäfte, die nach der Zahlungs-

einstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Konkursverfahrens (materieller Konkurs) eingegangen sind, sowie Sicherstellungen und Befriedigungen von Gläubigern, soweit sie die gleichmässige Befriedigung gefährden, unter besonderen Voraussetzungen für anfechtbar erklärt. Gewährt der Schuldner Gläubigern Sicherstellungen oder Befriedigungen, die die Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatten, so sind diese anfechtbar, auch wenn sie 10 Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgt sind, sofern nicht die Gläubiger den regelmässig recht schwierigen Gegenbeweis führen, dass ihnen eine Begünstigungsabsicht des Schuldners nicht bekannt war (§ 30 K. O.).

Als Inhalt des Anfechtungsanspruchs bestimmen die Gesetze eine Rückgewährspficht; es ist alles, was durch die anfechtbare Handlung „aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben" worden ist, zurückzugewähren (§ 7 Anf. G., § 37 K. O.). Im Konkurse erfolgt die Rückgewähr zur Konkursmasse als der zur gleichmässigen Befriedigung aller Gläubiger dienenden Vermögensmasse. Ausserhalb des Konkurses erschöpft sich die Rückgewährspflicht des Anfechtungsgegners in der Ermöglichung des Zwangszugriffs des Anfechtenden auf das anfechtbar Aufgegebene in gleicher Weise, als ob es noch zu dem Vermögen des Schuldners gehöre. Eine Rückgewähr an den Schuldner kann nicht in Betracht kommen, da sie den Anfechtungserfolg in vielen Fällen in Frage stellen würde. In der Praxis wird der Anfechtungsgegner oft zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt. Dieses Dulden ist nichts Passives in des Wortes enger Bedeutung, sondern bedeutet jedesmal eine aktive Tätigkeit, eine positive Leistung[1]); der Anfechtungsgegner muss mindestens alles hinwegräumen, was dem Anspruch des Anfechtenden auf Be-

[1]) vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 268.

friedigung aus dem anfechtbar Weggegebenen entgegensteht. Entgegen Hellmann[1]) kann auch in diesem Falle von einer „Rückgewähr", einem positiven Tun, gesprochen werden.

Eine Rückgewähr sieht das Gesetz für jeden einzelnen Fall der Anfechtung vor, wie sich aus der Fassung der den Inhalt des Anfechtungsanspruchs regelnden §§ 37 K. O., 7 Anf. G. ergibt. Übereinstimmend heisst es dort, dass das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben worden ist, zurückgewährt werden muss. Nicht ohne Grund wählt das Gesetz einen dreifachen Ausdruck, um die durch die anfechtbare Handlung bewirkte Vermögensverschiebung zu bezeichnen. Es will damit alle nur denkbaren Fälle treffen und als die Folge ihrer Anfechtung die Rückgewährspflicht bestimmen. Nicht allein rechtlich relevante Handlungen („veräussert"), sondern auch rein tatsächliche Vermögensverschiebungen („weggegeben") und (entgegen den Motiven) auch Unterlassungen („aufgegeben") kommen als anfechtbare Handlungen in Betracht.

Dass die in den §§ 37 K. O. und 7 Anfechtungsgesetz vorgeschriebene Rückgewähr keine ergänzende Nebenbestimmung ist, die nur insoweit zur Geltung kommt, als nicht schon durch die Anfechtung die Vermögensverschiebung aufgehoben wird, folgt auch aus der klaren Bestimmung des § 9 Anfechtungsgesetz, der für jede klageweise Geltentmachung der Anfechtung die nach Art und Umfang genau bestimmte Bezeichnung der Rückgewähr verlangt.

Bei der Schenkungsanfechtung beschränkt sich die Rückgewähr des gutgläubigen Empfängers auf die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 37,2 K. O., 7,2 Anf. G.)

Wegen seiner Gegenleistung kann sich der Anfechtungsgegner bei der Einzelanfechtung nur an den

[1]) Blätter für Rechtsanwendung 70, S. 420.

Schuldner halten (§ 8 Anf. G.). Im Konkurse erfolgt die Erstattung der Gegenleistung nur so weit, als sie noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist oder die Masse um ihren Wert bereichert ist, darüber hinaus ist der Anspruch auf Erstattung der Gegenleistung nur Konkursforderung (§ 38 K O). Bei der Rückgewähr einer anfechtbaren Leistung tritt die getilgte Forderung mit der Rückgewähr wieder in Kraft (§ 39 K. O.).

Der Eigenart und der wirtschaftlichen Bedeutung des Rechtsbehelfs der Gläubigeranfechtung entsprechend hat das Gesetz die Anfechtung des Rechtserwerbs beim Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers abweichend von den allgemeinen Bestimmungen gestaltet. — Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung ist auch gegen den Erben zulässig. Dagegen findet gegen den Sonderrechtsnachfolger eine selbständige Anfechtung statt, und zwar muss erstens die Anfechtung gegen den ersten Erwerber begründet sein, und sodann muss der Rechtsnachfolger entweder die Umstände, die die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, gekannt oder das Erlangte unentgeltlich erhalten haben (§ 40 K. O., 11 Anf. G.). Sonach ist der Fall möglich, dass gegen den Sonderrechtsnachfolger die Absichtanfechtung mit ihrer strengeren Haftung gegeben ist, während der erste Erwerber als gutgläubiger Schenkungsempfänger nur auf die Bereicherung haftet.

Die positiven gesetzlichen Bestimmungen lassen nicht mit aller wünschenswerten Klarheit den rechtlichen Charakter sowie die Form der Geltendmachung und die Wirkungen der Gläubigeranfechtung erkennen. Vornehmlich ist die Frage nach den Wirkungen bis auf den heutigen Tag lebhaft umstritten. Zwei entgegengesetzte Lehrmeinungen lassen sich hier unterscheiden:

1. Die von Hellwig aufgestellte Dinglichkeitslehre, welche in Anlehnung an den Anfechtungsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches die Gläubiger-

anfechtung als eine Befugnis, als ein Recht des rechtlichen Könnens auffasst. Nach Ausübung dieser Befugnis bricht das angefochtene Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung ex tunc für den Anfechtenden zusammen.

2. Die Lehre von der obligatorisch wirkenden Anfechtung, die in der Anfechtung die Geltendmachung des beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gegebenen Anfechtungsanspruchs auf Rückgewähr des anfechtbar Aufgegebenen sieht.

Durch die Anfechtung wird bei Annahme einer dinglichen Wirkung die angegriffene Rechtshandlung zerstört, die früheren Rechtsbeziehungen wiederhergestellt; bei Annahme einer obligatorischen Wirkung bleibt die angegriffene Rechtshandlung bestehen, es erwächst nur dem Anfechtungsgegner die obligatorische Verpflichtung, die den Anfechtenden schädigende Vermögensverschiebung zu beseitigen, und zwar nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung durch Rückgewähr.

Diese Unterscheidung hat nicht nur theoretischen Wert, sondern ist auch von weittragender praktischer Bedeutung. Es ist der im Bürgerlichen Gesetzbuch überall zum Ausdruck gelangte Gegensatz zwischen der dinglichen Verfügung und der bloss obligatorisch wirkenden Verpflichtung. Die gegensätzlichen Auffassungen führen zu weit auseinandergehenden Folgerungen, die freilich wieder durch die positiven Gesetzesbestimmungen einander näher gebracht werden.

Der Anfechtungsbegriff ist für die beiden Anwendungsgebiete, innerhalb und ausserhalb des Konkurses, einheitlich geregelt, und nur soweit es die tatsächlichen Umstände erfordern, sind abweichende Bestimmungen getroffen. So ist im Konkurse der Verwalter der Verfüger über das Anfechtungsrecht, während ausserhalb des Konkurses jedem Gläubiger ein selbständiges Anfechtungs-

recht zusteht; ferner erfolgt die Rückgewähr im ersteren Falle zur Konkursmasse im vollen Umfange, im zweiten Falle an den Einzelgläubiger und nur bis zu seiner Befriedigung. Aus diesen den obwaltenden Umständen angepassten Abweichungen lässt sich wohl ein Unterschied in der Art und im Umfange der Rückgewähr herleiten, dagegen bleiben die rechtliche Natur und die Wirkungen der Gläubigeranfechtung unberührt. Dies beweist die geschichtliche Entwicklung der beiden Gesetze, die auf einheitlicher Grundlage sich aufbaut. Die Motive[1]) weisen ausdrücklich auf die Aufgabe hin, „die in der Konkursordnung angenommenen Grundsätze auf das Anfechtungsrecht ausserhalb des Konkurses zu übertragen".

Es ist sonach bei den nachfolgenden Untersuchungen von einem einheitlichen Anfechtungsbegriff auszugehen.

II. Geschichtlicher Überblick.[2])

§. 1. Im kassischen römischen und im gemeinen Recht.

Das ältere römische Civilrecht kennt noch keine Rechtsbehelfe zur Sicherung der Gläubiger gegen böswillige Verkürzungen des Schuldnervermögens, da die Personalschuldhaft einen wirksamen Schutz hiergegen gewährte. Als dann später die Personalhaft gemildert wurde,[3]) und fortab „bona creditoris, non corpus obnoxium erat", musste sich naturgemäss ein lebhaft empfundenes Bedürfnis nach einem kräftigen Schutz der Interessen der Gläubiger geltend machen — umsomehr, als im alten

[1]) Hahn S. 735.

[2]) vgl. Brand, das Anfechtungsrecht der Gläubiger, Bern 1902 S. 5 ff.; Cosack, das Anfechtungsrecht, Stuttgart 1884 S. 4 ff.; Kohler, Leitfaden des Deutschen Konkursrechtes 1903 S. 126 ff.; Lenel, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im kassischen, römischen Recht 1903 S. 3 ff.; Seuffert, Deutsches Konkursrecht 1899 S. 199 ff.

[3]) lex Poetelia um 311 v. Chr.

Rom dem Kridar die Verfügungsgewalt über sein Vermögen bis zu der auf die missio in bona folgenden possessio bonorum der Gläubiger nicht entzogen wurde. Es war der Prätor[1]), der einem Gebote der Billigkeit folgend, Abhilfe schuf mit seinem Edikt: „quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur." Über die Zahl und die Art der vom Prätor gewährten Rechtsbehelfe herrscht grosse Unklarheit und lebhafter Streit. In den auf uns gekommenen vorjustinianischen Rechtsquellen ist über unsere Frage nichts enthalten, und in den Digesten sind die einschlägigen Stellen durch Interpolationen der Kompilatoren, die aus den verschiedenen prätorischen Rechtsbehelfen ein einziges Rechtsmittel schaffen wollten, verdunkelt und entstellt.

Vom Anfechtungsrecht ex professo handelt der Titel 8 der Digesten 42. Hier werden dem Wortlaut nach zwei vom Prätor gewährte Rechtsbehelfe angegeben: Eine Klage, l 1 pr. D. h. t. und, wie allgemein[2]) angenommen wird, ein Interdikt, l 10 pr. D. h. t., das in l 69 §§ 1,2 D. 36,1 und l 96 pr. D. 46,3 interdictum fraudatorium genannt wird. Das Interdikt verheisst noch in gewissen Fällen (interdum causa cognita) eine in factum actio gegen den gutgläubigen Dritterwerber. Aber auch die Klage aus l 1 pr. cit. scheint bei unentgeltlichen, die Gläubiger schädigenden Verfügungen gegen den gutgläubigen Dritten gewährt worden zu sein, wie aus l 6 § 11 D. h. t. hervorgeht, da Ulpian in seinem lib.

[1]) Welcher Prätor der Schöpfer des edictum fraudatorium war, lässt sich nicht feststellen. Die Ansichten zahlreicher Schriftsteller gehen weit auseinander (vgl. v. Schey, a. a. O. S. 189). Mit Brand, a. a. O. S. 3 ist anzunehmen, dass die Bezeichnung actio Pauliana erst lange nach ihrem Erlass aufgekommen ist.

[2]) vgl. Windscheid, II § 463 Note 1; Dernburg II, § 144, Note 5; Lenel, ed. perp. § 268, v. Schey in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 160 ff.; Otto, die Anfechtung von Rechtshandlungen 1881 S. 2 ff.; Brand, S. 4 ff.

66 ad edictum die Ediktsklage — l 1 pr. cit. — kommentiert.

Merkwürdig erscheint es, dass die Institutionen, die doch lehrbuchmässig alles das bringen, was in den Digesten weiter ausgeführt ist, das Anfechtungsrecht nicht behandeln, sondern nur vorübergehend im Zusammenhang mit anderen dinglichen Klagen eine reszissorische actio in rem zum Schutz der Gläubiger gegen fraudulose Veräusserungen des Schuldners erwähnen: § 6 I. IV, 6. Diese Klage soll nach der Paraphrase des Theophilus actio Pauliana geheissen haben. Im Gegensatz hierzu nennt der klassische Jurist Paulus in l 38 § 1 D. 22,1 eine persönliche Klage, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, — actio Pauliana.

Die Erklärung dieses Widerspruchs, die Abgrenzung der einzelnen prätorischen Rechtsbehelfe und die Frage nach ihren Wirkungen sind sehr bestritten. Es erübrigt, hierauf im einzelnen einzugehen, seitdem Lenel in überzeugender Beweisführung Klarheit geschaffen hat[1]). Nach Lenel[2]) kannte das klassische römische Recht zwei Rechtsmittel zur Anfechtung frauduloser Veräusserungen:

1. Restitution und demgemäss reszissorische Klage und ferner
2. Das interdictum fraudatorium.

Das in l 1 pr. cit. wiedergegebene Edikt verhiess, wie Lenel nachweist, die Restitution. Abgesehen von den prozessualen Unterschieden fanden die beiden Rechtsmittel die Abgrenzung ihrer Anwendungsgebiete darin, dass die Restitution nur dem curator bonorum im Interesse aller Gläubiger, das Interdikt dagegen jedem Gläubiger gewährt wurde. Im Interdikt verlangte der anfechtende Gläubiger Restitution an einen vom Prätor unter Mitwirkung der übrigen Gläubiger zu ernennenden

[1]) Lenel, die Anf. von Rechtshandlungen des Schuldners im klass. röm. Recht.

[2]) a. a. O. S. 28.

curator bonorum. Erfolgte die Restitution durch den Anfechtungsgegner nicht, so gewährte der Prätor im iudicium secutorium dem anfechtenden Gläubiger und bald wohl auch jedem verkürzten Gläubiger für seine Person eine actio arbitraria. Diese Klage musste gegen das immer mehr und mehr zurücktretende Interdiktenverfahren an Bedeutung gewinnen; sie ist wohl in der Praxis schon lange vor Justinian an die Stelle des Interdikts selbst getreten und hat wohl auch mehr und mehr die Ediktsklage verdrängt. Diese Klage nannte man, so vermutet Lenel, ähnlich wie das iudicium secutorium bei den Besitzinterdikten den besonderen Namen iudicium Cascellianum führte, actio Pauliana. Als actio arbitraria ist sie in erster Linie auf eine Rückgabe des anfechtbar Erlangten gerichtet, erst bei Verweigerung der Rückgabe erfolgte die condemnatio pecuniaria. Nach Paulus ist die actio Pauliana eine actio in personam — die Anfechtung im römischen Recht ein obligatorisch wirkender Rechtsbehelf.

Justinian hat aus dieser Entwicklung die Konsequenzen gezogen: Er hat die verschiedenen vom Prätor gewährten Rechtsmittel zu einem einzigen verschmolzen, das in seinem Ziel und Wesen wohl nichts anderes war, als der zu seiner Zeit bei weitem wichtigste Rechtsbehelf, nämlich die actio arbitraria ex interdicto. Der Name Pauliana ist zwar aus der Kompilation verschwunden, doch werden die Kompilatoren den Namen weiterbehalten und überall dort angewandt haben, wo in den Quellen von der Anfechtung einer alienatio in fraudem creditorum die Rede war. So auch erklärt sich ungezwungen, dass Theophilus die reszissorische Klage der Institutionen mit dem gleichen Namen belegte.

Die actio Pauliana (so sei die prätorische Klage in ihrer Umgestaltung durch Justinian genannt) hat ihren Rechtsgrund in einem Delikt. Es ist die fraudulose, die Gläubiger absichtlich schädigende Vermögensentäusserung,

die angegriffen wird. Kann dem Schuldner und dem Gläubiger eine fraus nicht nachgewiesen werden, so sind Rechtshandlungen des Schuldners, mögen sie auch noch so sehr die Gläubiger verkürzen, nicht anfechtbar. Die Klage geht gegen den Dritten und gegen den fraudator selbst; sie ist reipersekutorisch und erstrebt die Herausgabe der fraudulos veräusserten Sache, bei Unmöglichkeit der Herausgabe — Schadensersatz[1]).

Wie bereits erwähnt, gewährt das römische Recht eine actio in factum gegen den gutgläubigen Dritten bei unentgeltlichen, die Gläubiger schädigenden Verfügungen des Schuldners. Auch diese Klage beruht auf deliktischer Grundlage, insofern sie auf Seiten des Schuldners — nicht des Dritten — die Verkürzungsabsicht, fraus, voraussetzt. Diese Klage geht nur auf die Bereicherung[2]).

Dieses Anfechtungsrecht Justinians ging fast unverändert in das gemeine Recht über; es ist zwar hier wissenschaftlich ausgebaut und verfeinert worden, an seinen Grundlagen hat man jedoch aus der dem Mittelalter eigenen Verehrung für die hehre Weisheit der Justinianischen Rechtsbücher, der „ratio scripta“ nicht gerüttelt. Es mochte ja wohl auch einem beschränkten, wenig ausgebildeten Verkehrsleben genügen. Da jedoch, wo Handel nnd Verkehr lebhafter wurden, wo das Anfechtungsrecht öfter zur Anwendung gelangte, mussten sich bald die Schattenseiten des die subjektiven Grundlagen allein betonenden römischen Anfechtungsrechts zeigen. Es musste der Rechtsschutz, der an den Nachweis innerer, schwer zu beweisender Vorgänge, der fraus, geknüpft war, in vielen Fällen versagen.

§ 2. Im Italienischen Statutarrecht.

Es waren daher auch die wirtschaftlich blühenden italienischen Handelsstädte, die das römische Anfech-

[1]) l 10 § 22, l 17 pr. D. h. t.
[2]) l 6 § 11 D. h. t.

tungsrecht in ihren Statuten weiterentwickelten und zum Teil auf neue Grundlagen stellten. Nach zwei Richtungen ist diese Weiterentwicklung bemerkbar: Einmal wurde der Nachweis der fraus erleichtert, indem diese in gewissen Fällen präsumiert wurde. So waren Rechtsgeschäfte des Schuldners mit nahen Verwandten den Gläubigern gegenüber ohne Nachweis einer fraus nichtig[1]). Auch die in verschiedenen Statuten vorgeschriebene Haftung der Familienmitglieder, die mit dem Schuldner zusammen lebten oder bis vor kurzem gelebt hatten, ferner die Anfechtbarkeit von heimlich veräusserten Gegenständen, die im Besitz des Schuldners geblieben waren, sind ebenfalls auf eine präsumtive fraus zurückzuführen. Die Weiterentwickluug aber betrat ganz neue Bahnen, als in der italienischen Doktrin sich die Rechtsüberzeugung bildete, dass ganz abgesehen von einer fraus gewisse Rechtshandlungen des Schuldners kurz vor der Konkurseröffnung den nach derselben vorgenommenen gleichzustellen seien; es war der Gedanke, dass der Konkurs nicht plötzlich mit seiner Eröffnung eintrete, sondern sich schon längere Zeit vorher durch Zahlungseinstellung oder Insolvenz vorbereite, und dass auf diesen Zeitpunkt die Nichtigkeit der Rechtshandlungen des Schuldners zurückzuführen sei. Mit einem Wort, der Gedanke der Rückdatierung des Konkurses auf den Zeitpunkt der materiellen Konkurslage. Die solchergestalt angefochtenen Rechtshandlungen waren nichtig: „Non valere eos omnes contractus, solutiones aliosque actus gestos a mercatore decoctioni proximo; inter decoctum et esse proximum decoctioni in jure nulla adest differentia nullaque intercedit inter eos distinctio[2])."

Die Frist der Rückdatierung wurde in den einzelnen Statuten verschieden bemessen, von 4—15 Tage; da diese

[1]) Beispiele bei Kohler, Lehrbuch S. 195 (Statuten von Vercelli und Bergamo),

[2]) Casaregis bei Kohler, Lehrbuch S. 197.

absolute Fristbemessung Härten aufwies, gelangte man schliesslich dazu, keine Frist aufzustellen, sondern es dem Richter zu überlassen, in Erwägung der Umstände des konkreten Falles nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob eine Rechtshandlung des Schuldners in der materiellen Konkurslage erfolgt und daher nichtig sei[1]).

Diese Neuerungen erweisen sich im Verhältnis zu der subsidiär weiter in Geltung bleibenden actio Pauliana teils als blosse Beweiserleichterungen, die sich ohne Schwierigkeit dem System des römischrechtlichen Anfechtungsrechts einordnen lassen, teils aber auch als ein andersgeartetes Anfechtungsrecht auf objektiver Grundlage mit dinglicher Wirkung.

§ 3. Im germanischen Recht.

Von keinem Einfluss auf die Entwicklung des heutigen Anfechtungsrechts ist das Anfechtungsrecht des älteren deutschen Rechts gewesen, obwohl sich auch hier recht beachtenswerte Bildungen vorfinden. Die dem deutschen Recht eigentümliche, tiefgehende Zweiteilung zwischen Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht zeigt sich auch hier[2]). Die Anfechtung von Mobiliarvergabungen zu „fluchtsal" oder „vorflucht" hat ein arglistiges (dies liegt schon in den Worten „fluchtsal" und „vorflucht", die gleichbedeutend mit betrigunge oder vrevel gebraucht werden[3]), Verhalten des Schuldners zur Bedingung; von einigen Rechten[4]) wird auch die Beteiligung des Dritten an der Arglist des Schuldners gefordert, — eine bemerkenswerte Übereinstimmung mit dem römischen Anfechtungsrecht der actio Pauliana. Die Anfechtung von

[1]) Kohler, a. a. O. S. 196.

[2]) vgl. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg 1867, S. 274 ff.

[3]) Laband, a. a. O. S. 276 Nt. 13 (Bresl. Willkür).

[4]) z. B. Schwabenspiegel c. 314, vgl. v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht S. 316.

Grundstücksveräusserungen dagegen beruht auf völlig objektiver Grundlage; zur Begründung der Klage ist weder eine Arglist des Verkäufers noch des Käufers, noch auch eine Kenntnis des letzteren von der Überschuldung des Schuldners erforderlich[1]). Der Grund hierfür liegt darin, dass die Schulden die freie Verfügungsbefugnis des Schuldners über seine Liegenschaften zu Gunsten seiner Gläubiger beschränken. Verletzt der Schuldner diese Schranken und nimmt er eine Veräusserung vor, trotzdem er hierzu nicht mehr befugt ist, so kann derjenige, dessen Recht hierdurch verletzt wird, die Veräusserung anfechten und die Herausgabe des Grundstücks vom Besitzer verlangen. Nach Jahr und Tag mit Erlangung der rechten Gewere versagt die Anfechtung[2]). Einige Rechte[3]) gewähren dieses Immobiliaranfechtungsrecht nur bei gelobter oder vor Gericht anerkannter Schuld.

Diese gewiss nicht unbedeutenden Ansätze zu einem einheitlichen Anfechtungsrecht sind mit der Rezeption des römischen Rechts von der gemeinrechtlichen actio Pauliana verdrängt worden und in ihr aufgegangen.

§ 4. Im französischen Recht.

Die im 14. und 15. Jahrhundert in Italien ausgebildeten Grundsätze sind im 16. und 17. Jahrhundert nach dem mächtig aufblühenden Frankreich gekommen und dort in der Gesetzgebung für den Handelsstand weiter entwickelt worden. Schon in einem Edikt Heinrich IV. aus dem Jahre 1609 werden gewisse Rechtshandlungen des Schuldners mit seinen Kindern, mutmasslichen Erben oder Freunden für ungiltig erklärt, ohne dass der Nachweis einer fraus erfordert wurde. Noch

[1]) Laband, a. a. O. S. 276.

[2]) Laband, a. a. O. S. 325,

[3]) So System. Schöffenrt. IV, 2, c. 51: Bamberger Recht (Zöpfel) §§ 236, 254.

weiter ging ein Reglement der Kaufmannschaft zu Lyon vom Jahre 1667, das bestimmte: que tous les transports sur les biens des marchands que font faillite seront nuls, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue"[1]) Dieser Grundsatz wurde durch die déklaration royale vom Jahre 1702 zum geltenden Kaufmannsrecht für ganz Frankreich und ist bis zur Einführung des code de commerce im Jahre 1807 gemeines Recht geblieben.

Der code de commerce hat den von der französischen Gesetzgebung beschrittenen Weg in strenger Konsequenz weiterverfolgt: Er führte die Rückdatierung des Konkurses auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung durch und entzog dem Schuldner von der Zahlungseinstellung ab die Verfügungsmacht über sein Vermögen. Der Zeitpunkt der eingetretenen Zahlungseinstellung wurde in der nur deklarativ wirkenden Konkurseröffnung festgestellt. Damit waren alle Rechtshandlungen des Schuldners von einem nachträglich durch das Gericht bestimmten Termin ab, der faillite, ohne Rücksicht auf den guten Glauben der Beteiligten für nichtig erklärt. Gewisse Rechtsgeschäfte, die innerhalb der vor diesem Zeitpunkt gelegenen 10 Tage vom Schuldner abgeschlossen wurden, wurden teils für nichtig, z. B. Einräumung von Privilegien und Hypotheken, unentgeltliche Grundstücksübereignungen Bezahlung nicht fälliger Schulden, teils, und erst hier ist der Nachweis einer fraus von entscheidender Bedeutung, für anfechtbar erklärt.

Damit hatte das französische Recht die subjektiven Grundlagen des römischen und gemeinen Rechts fast ganz verlassen und sich dem Extreme, der objektiven „Vermögensbannung"[2]) vom Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit an zugewandt. Diese einseitige Betonung

[1]) abgedruckt bei Cosack, a. a. O. S. 7.
[2]) Kohler, Leitfaden S. 122.

objektiver Gesichtspunkte hat ihre grossen Bedenken. Abgesehen davon, dass sie recht einseitig die Interessen der Gläubiger, der wirtschaftlich Stärkeren, schützt, veranlasst sie dadurch, dass sie im Effekt die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte von der nicht erfolgten Zahlungseinstellung des einen oder des anderen der Kontrahenten — also von einem Umstande, der in vielen Fällen einem Dritten verborgen bleibt, — abhängig machte, eine Unsicherheit des Verkehrslebens, die nur nachteilige wirtschaftliche Folgen haben konnte.

Dieser Grund ist es auch vor allem gewesen, der die Reform des französischen Anfechtungsrechts durch das Gesetz vom 28. Mai 1838 herbeiführte. Die Verfügungsfreiheit wurde jetzt dem Gantschuldner nicht schon mit der Zahlungseinstellung, sondern erst mit dem jugement déclaratif de la faillite entzogen. Jedoch behielt auch dieses Gesetz die kasuistische Aufzählung aller der Rechtshandlungen bei, die, wenn sie nach der tatsächlich erfolgten Zahlungseinstellung oder höchstens 10 Tage vorher erfolgt waren, teils ungiltig, teils anfechtbar waren. In beiden Fällen ist jedoch der Nachweis einer fraus nicht erforderlich, sondern nur rein tatsächliche Momente sind massgebend.

Das im Vorstehenden entwickelte französische Anfechtungsrecht gilt nur für den Konkurs des Kaufmanns. Ausserhalb des Konkurses und für den Nichtkaufmann gelten die Bestimmungen des code civile, der in Art. 1167 anordnet: Les créanciers peuvent aussi, en leur nom personel, attaquer les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits“ — das Anfechtungsrecht der römischen actio Pauliana. Das französische Recht gibt also gegen den Kaufmann ein auf objektiver Grundlage beruhendes, dinglich wirkendes, gegen den Nichtkaufmann und ausserhalb des Konkurses ein minder kräftig wirkendes obligatorisches Anfechtungsrecht.

§. 5. Im preussischen Recht.

Das französische Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 ist für die modernen Gesetzgebungen vorbildlich geworden, nur sind im allgemeinen die objektiven Grundlagen des Fallimentsgesetzes durch Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte gemildert worden. Das Streben der modernen Zeit ging dahin, den gutgläubigen Dritten zu schützen und die Unwirksamkeit der anfechtbaren Rechtshandlungen auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner zu beschränken, da ja nur der Schutz der benachteiligten Gläubiger angestrebt wurde.

Von diesen leitenden Gesichtspunkten geht auch die preussische Gesetzgebung aus, die in der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§ 99 ff. und in dem Gesetz vom 9. Mai 1855 das Anfechtungsrecht, das bereits im allgemeinen Landrecht (Teil I, Titel 11 §§ 1129 — 33, §§ 640 ff, Teil II, Titel 1 §§ 310 ff.) und in der Allgemeinen Gerichtsordnung (Teil I, Titel 50 §§ 42 ff.) eine im wesentlichen auf dem subjektiven Standpunkte des römischen Rechts stehende Regelung[1]) gefunden hatte, neu regelte.

Wenn auch der preussischen Gesetzgebung von 1855 das Fallimentsgesetz zum Vorbild gedient hat, so ist doch eine allzu einseitige Betonung objektiver Gesichtspunkte glücklich vermieden und der Schutz des gutgläubigen Rechtserwerbs im allgemeinen durch das Erfordernis der Kenntnis des Dritten von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners oder von anderen den Schluss auf die Überschuldung des letzteren gestattenden Tatsachen wirksam gefördert. Nur die nach der Zahlungseinstellung oder innerhalb der vorhergehenden 10 Tage erfolgten ungerechtfertigten Sicherstellungen und Befriedigungen von Gläubigern waren ohne Nachweis einer fraus oder der Kenntnis von der Zahlungseinstellung anfechtbar.

[1]) vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht 1. Aufl. II, S. 286.

Die preussische Praxis sah im Anfechtungsrecht ein Exekutivmittel zur Erweiterung der Exekutionsbefugnisse des Gläubigers, „ein revokatorisches Rechtsmittel zur Ausführung der Exekution“[1]). Das durch die Anfechtung zwischen dem Anfechtenden einerseits und dem Schuldner und dem Dritterwerber andererseits hervorgerufene Rechtsverhältnis war ein persönliches, und es ermangelte der Anfechtungsanspruch selbst nach Grund, Zweck und Erfolg der wesentlichen Merkmale des Vindikationsanspruchs[2]).

Das preussische Anfechtungsrecht ist die Grundlage für die reichsrechtliche Regelung der Gläubigeranfechtung in den §§ 29 ff. der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, abgeändert durch Gesetz vom 17. Mai 1898 und im Gesetz vom $\frac{\text{21. Juli 1879}}{\text{18. Mai 1898}}$.

III. Die rechtliche Natur der Gläubigeranfechtung.

§ 6. Ablehnung der Deliktsnatur.

Wie die geschichtliche Entwickelung gezeigt hat, hat das Anfechtungsrecht zwar seinen Ursprung im römischen Recht genommen, hat aber doch eine recht selbständige und unabhängige Entwickelung durchgemacht. Daher sind bei der Erklärung der rechtlichen Natur des Anfechtungsrechts die Quellen nur in sehr beschränktem Masse heranzuziehen. Diesen Umstand haben meines Erachtens diejenigen Juristen[3]) verkannt, welche auch für die Gläubigeranfechtung des geltenden Reichsrechts allgemein die Deliktsnatur der actio Pauliana annahmen.

[1]) Entsch. des Ob. Trib., Bd. 77, S. 190.

[2]) v. Rönne, Allg. Landr. I, S. 1001, Anm. zum § 7 Anf. G. Entsch. des Obertribunals vom 29. Oktober 1868 (Striethorst 75, S. 10 Nr. 4.)

[3]) So die Motive (Hahn S. 115 ff.); Otto, a. a. O. S. 175; Korn, Die Anfechtung 1882, S. 77 ff. S. 202; v. Sarwey-Bossert, Kom. z. K. O. 1901, S. 140; Kohler, a. a. O. S. 123.

Für die römisch-rechtliche actio Pauliana mit ihren subjektiven Voraussetzungen — fraus debitoris und conscientia fraudis auf Seiten des Dritten, des späteren Anfechtungsgegners — war die Deliktsnatur gegeben. Der spätere Entwickelungsgang hat aber das Anfechtungsrecht auf eine mehr objektive Grundlage gestellt und sie damit ihrer Deliktsnatur entkleidet.

Während das römische Recht bei Anfechtungen von Schenkungen noch eine dolose Absicht des Schenkers forderte,[1]) so dass man, um die Deliktsnatur der Anfechtung zu begründen, die Haftung des Anfechtungsgegners aus seiner Teilnahme am Delikt des Schuldners herleitete, genügt für das moderne Recht der objektive Tatbestand einer den Gläubigern nachteiligen Schenkung zur Anfechtung (§ 32 K. O., § 3 N. 3 u. 4 Anf. G.). Derselbe rein objektive Standpunkt ist gewahrt bei den Tatbeständen der §§ 222 K. O., 3 a Anf. G.

Es wird daher bei dieser Art der Anfechtung allgemein ein kondiktionenähnlicher Charakter anerkannt, auch von denjenigen Juristen, welche die Deliktsnatur des Anfechtungsrechts vertreten.

Auch die spezifisch konkursrechtlichen Anfechtungsgründe des § 30 K. O. lassen sich auf eine unerlaubte Handlung — der schuldhaften, widerrechtlichen Verletzung fremder Rechte — nicht zurückführen. Abgesehen davon, dass hier zum Tatbestand der Anfechtbarkeit in verschiedenen Fällen eine Handlung überhaupt nicht gehört, wird das Anfechtungsrecht schon gewährt, wenn bei Rechtshandlungen des Schuldners o d e r Anfechtungsgegners letzterer K e n n t n i s von der Zahlungseinstellung oder vom Konkurseröffnungsantrage hatte. Dass eine

[1]) vgl. bes. l. 6 § 11 D. 42, 8 (verba: non quaerendum est, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores). So auch die herrschende Meinung: Windscheid, Pandekten II § 463 zu Nt. 24, Dernburg II, § 145, Nt. 20, v. Schey 183 ff., Otto 13 ff.

blosse Kenntnis nicht den Tatbeständen des § 823 oder § 826 B. G. B. genügt, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung.

Nun könnte man sagen, § 30 K. O. sei ein „Schutzgesetz“ im Sinne von § 823 Abs. II B. G. B. und deswegen werde ein Verstoss dagegen wie ein Delikt behandelt. Dies ist nicht der Fall; denn § 30 K. O. gibt nur die Voraussetzungen für den Anfechtungsanspruch der benachteiligten Gläubiger; den „Schutz“ haben in wirksamerer Weise die §§ 240 Nr. 2, 241, 242, 243 K. O. in Verbindung mit §§ 48, 49 St. G. B. übernommen. Die Ansprüche auf Grund dieser „Schutzgesetze“ sind Deliktsansprüche und unterscheiden sich nach Voraussetzung und Inhalt wesentlich von einem etwa konkurrierenden Anfechtungsanspruch wegen Benachteiligung der Gläubiger.

Für alle diese Fälle lässt sich die Deliktsnatur des Anfechtungsrechts nicht rechtfertigen und daher haben nur wenige Schriftsteller[1]) an ihrer Auffassung von einem einheitlichen Deliktscharakter des Anfechtungsrechts festgehalten. Sie glauben um alle Schwierigkeiten herumzukommen, indem sie hier die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts als deliktsähnliche annehmen oder den Deliktsvorsatz fingieren.

Jedoch für die Anfechtungsvoraussetzungen der §§ 31 K. O., 3 Nr. 1 und 2 Anf. G., die wie die gemeinrechtliche actio Pauliana eine dolose Absicht des Schuldners verlangen, lehrt bis in die neueste Zeit hinein eine bedeutende Zahl von Schriftstellern[2]) die Deliktsnatur. Aber auch hier ist vom Standpunkt des heutigen

---

[1]) So Korn, a. a. O. S. 77 ff; Otto, a. a. O. S. 110 ff.

[2]) So Kohler, a. a. O. S. 123; v. Willmowski-Kurlbaum-Kühne, Kom. z. K. O. 6. Auflage S. 159; v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 140 und Reichsgericht Bd. 48 S. 401, Bd. 50 S. 400. Neuerdings hat das Reichsgericht das Bestehen einer Deliktshaftung neben einer Anfechtungshaftung anerkannt. J. W. 1904 S. 499 ff.

Rechts aus mit der herrschenden Meinung[1]) die Deliktsnatur zu verneinen.

Die §§ 31 K. O., 3 Nr. 1 und 2 Anf. G. enthalten die Anfechtungsvoraussetzungen für alle diejenigen Rechtshandlungen, die der Schuldner in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, unternimmt und setzen eine Kenntnis dieser Absicht beim Dritten voraus. Zu diesen Rechtshandlungen gehören nach ständiger Übung auch Unterlassungen.[2]) Ganz einseitig wirkende Verzichte des Schuldners auf Rechte gegen den Anfechtungsgegner, eine absichtliche Unterlassung von Prozesshandlungen, desgleichen von Unterbrechungsakten einer Verjährung, einer Ersitzung durch andere, absichtlich unterlassenes Vorbringen einer Einrede u. dgl. mehr, alles das begründet die Haftung des Anfechtungsgegners, und doch wird man ihm in diesen Fällen eine unerlaubte Handlung nach § 823 oder § 826 B. G. B. nicht zuschreiben können. Ein treffendes Beispiel gibt Jäger[3]): Der zahlungsunfähige Schuldner wirft vor den Augen des Wechselverpflichteten in der dem letzteren erklärten Absicht der Gläubigerbenachteiligung den Wechsel ins Feuer. Der Anfechtungsanspruch ist damit gegeben, von einem Delikt des Anfechtungsgegners wird man aber wohl kaum sprechen können. Es kann also schon die Haftung des Verpflichteten ganz unabhängig von seinem Willen eintreten.

---

[1]) Cosack, a. a. O. S. 19 ff.; Jäger, K. O. § 29 Anm. 3, Gl.-Anf. § 1 Anm. 9; Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung, München 1900 S. 4 ff.; Müller, Das Anfechtungsrecht, München 1902, S. 8; K. Meyer, Bl f. Rechtsanwendg., Bd. 65 S. 259.

[2]) Anders die Motive S. 115: „Eine Unterlassung kann nicht beseitigt werden – ein Nichtgeschehenes geschehen machen, ist mehr als Beseitigung dessen, was der Schuldner begangen hat."

[3]) Gl. Anf. § 1 Anm. 9.

Des weiteren ist bei anfechtbaren Handlungen des Schuldners mit Deliktsunfähigen eine Haftung der letzteren trotz ihrer Deliktsunfähigkeit gegeben.[1])

Bei anfechtbaren Verträgen zu Gunsten Dritter ist der möglicherweise ganz unbeteiligte Dritte der haftende Anfechtungsgegner.

Bei anfechtbaren Rechtshandlungen des Schuldners mit einem Vertreter ist der Vertretene nach der herrschenden Meinung und selbst nach der in diesem Punkte inkonsequenten Meinung einiger Vertreter[2]) der Deliktstheorie, trotzdem in seiner Person die Voraussetzungen für ein Delikt nicht begründet sind, der allein haftende Anfechtungsgegner. Man werfe mir hier nicht ein, dass es auch eine Haftung für fremde Delikte gibt. Wo eine solche vom Gesetz vorgesehen ist, handelt es sich stets um die eigene Verletzung einer Sorgfalts- oder Aufsichtspflicht.

Anfechtbar sind ferner auch Rechtshandlungen, die zu einer Zeit vorgenommen wurden, in der noch keine Gläubiger vorhanden waren, in ihren Rechten also durch eine unerlaubte Handlung nicht verletzt werden konnten. Wie lassen sich alle diese Fälle mit der Deliktstheorie vereinigen?

Zu den Voraussetzungen des Anfechtungsrechts gehören nicht nur die in den §§ 30—32 K. O. und 3, 3a Anf. G. normierten Tatbestände, sondern auch rein objektive Tatsachen, die in „keinem notwendigen Kausalzusammenhang“[3]) mit der Benachteiligungshandlung stehen. Es sind dies Konkurseröffnung bezw. Fruchtlosigkeit der Zwangsvollstreckung und ein mindestens mittelbarer Erwerb auf Seiten des Anfechtungsgegners. Fehlen diese Voraussetzungen, so ist der Anfechtungs-

[1]) So schon das römische Recht inkonsequenter Weise: l 6 § 10 D. 42, 8.

[2]) So Kern, a. a. O. S. 131.

[3]) Jäger, Gl. Anf. § 1 Anm. 9.

anspruch nicht gegeben, obwohl sehr gut durch die Handlungsweise des Schuldners eine Deliktshaftung begründet sein kann.

Auch in ihren Zielen unterscheiden sich die Anfechtung und die unerlaubte Handlung. Während die Haftung aus letzterer auf vollen Schadenersatz, der auch den entgangenen Gewinn in sich schliesst (§§ 823, 826, 249, 252 B. G. B.), geht, bewirkt erstere nur Rückgewähr des dem Gläubigerzugriff entzogenen Gegenstandes (§§ 37 K. O., 7 Anf. G.).

Es ist also der Anfechtungsanspruch nach Voraussetzungen und Inhalt völlig verschieden vom Deliktsanspruch, der zwar sehr wohl selbständig neben dem Anfechtungsanspruch bestehen kann[1]), niemals aber seine Voraussetzung bildet.

Wir kommen in Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur der Gläubigeranfechtung notwendig zu dem Schluss, dass der Anfechtungsanspruch kein auf deliktischer Grundlage beruhendes obligatorisches Recht auf Schadensersatz ist.[2])

§ 7. Ablehnung anderer Konstruktionsversuche. Anfechtungsanspruch eine obligatio ex lege.

Um die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruchs zu erklären, ist von anderer Seite (z. B. Menzel) versucht worden, den Anfechtungsanspruch als einen Herausgabeanspruch auf Grund einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 ff. B. G. B.) zu erklären. Auch dieser Kon-

[1]) vgl. Ortlieb, das Anfechtungsgesetz und § 826 B. G. B. im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 30 S. 32 ff., Entsch. R. G. in J. W. 04 S. 499 Nr. 32.

[2]) So Bernhardi, Kom. zum Anf. G. 1903, S. 1 ff.; Cosack, a. a. O. S. 15 ff.; Hellwig, Zeitschr. f. Z. P. Bd. 26 S. 474 ff.; Jäger K. O. § 29 Anm. 3; Gl. Anf. § 1 Anm. 9; K. Meyer, Bl. f. R., Bd. 65 S. 258 ff.; Müller, a. a. O. S. 12; Seuffert, a. a. O. S. 225; a b w. die oben zitierten Schriftsteller.

struktionsversuch ist abzulehnen[1]), denn das Gesetz selbst ist gegen eine solche Auffassung. Nur in dem einen Fall, dass die anfechtbare Handlung in einer unentgeltlichen Zuwendung an einen gutgläubigen Empfänger besteht, ist die Haftung auf die Bereicherung beschränkt (§ 37 II K. O., § 7 II Anf. G.). Damit lehnt das Gesetz für den Regelfall eine Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung ab. Im übrigen ist auch die Leistung des Schuldners an den Anfechtungsgegner aus dem zwischen ihnen zu Recht bestehenden Rechtsverhältnisse nicht als „ohne rechtlichen Grund" im Sinne des § 812 B. G. B. geschehen anzusehen.

Es kann also ein obligatorischer Charakter des Anfechtungsanspruchs auch nicht aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung heraus erklärt werden.

Andere Konstruktionsversuche sind von Hartmann[2]) und Lippmann[3]) unternommen worden. Beide sprechen dem Anfechtungsrecht den privatrechtlichen Charakter ab. Nach ihnen stellt sich das Anfechtungsrecht „lediglich als Ausfluss des Vollstreckungsrechts, und die zur Verfolgung desselben gewährte Klage (Einrede) als Hilfsklage für die Realisierung der Zwangsvollstreckung[4]) dar. Diese Auffassung scheitert an den klaren Bestimmungen des Gesetzes, das dem benachteiligten Gläubiger einen materiellrechtlichen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner gewährt, dessen Inhalt die Verpflichtung zu einer positiven Leistung, nämlich zur „Rückgewähr" der §§ 37 K. O., 7 Anf. G. bildet. Insofern hierdurch die ursprünglich dem Gläubigerzugriff entzogenen Gegenstände wieder dem Zwangszugriff der Gläubiger unterstehen, ist von dem Anfechtungsrecht als einem

---

[1]) So Seuffert, a. a. O.; Jäger, Gl. Anf. § 1 Anm. 12; Linsmayer, a. a. O. S. 46 ff.

[2]) Kom. zum Anf. G. Berlin 1881 S. 8 ff.

[3]) Iherings Jahrbücher Bd. 36 S. 145 ff.

[4]) Hartmann, a. a. O. S. 8.

Hilfsmittel der Exekution zu sprechen, nicht aber in dem Sinn, als ob das Anfechtungsrecht als solches allein ein „Ausfluss des publizistischen Rechts der Partei auf den staatlichen Zwang“ [1]) wäre.

Wie unsere Untersuchung gezeigt hat, haben alle Erklärungsversuche versagt, und es bleibt nichts weiter übrig, als mit der herrschenden Meinung[2]) das Anfechtungsrecht als ein kraft positiver Gesetzesbestimmung geschaffenes und auf Zweckmässigkeitserwägungen beruhendes Schuldverhältnis aufzufassen (obligatio ex lege). „Das Anfechtungsrecht der Gläubiger ist eine zum Schutze des Kredits geschaffene, positivrechtliche Ausnahmesatzung.“ [3]) Mit Vorliegen der gesetzlich normierten Voraussetzungen ist der Anspruch gegeben und kann gegen den Anfechtungsgegner gerichtlich geltend gemacht werden.

§ 8. Die Hellwig'sche Theorie.

Seit der Einführung des neuen Bürgerlichen Rechts ist von Hellwig[4]) eine neue Lehrmeinung begründet worden, der sich inzwischen eine Reihe namhafter Autoren angeschlossen hat. Diese Lehrmeinung verwirft die Auffassung, dass das Anfechtungsrecht ein auf gesetzlicher Grundlage beruhendes Forderungsrecht sei. Sie lehrt, dass durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Gläubigeranfechtung in Einklang mit der dort gegebenen allgemeinen Regelung der Anfechtung gebracht worden sei. Demgemäss sei das Anfechtungsrecht eine Befugnis, ein „Recht des rechtlichen Könnens, d. h. das

[1]) Jäger, Gl. Anf. § 1 Anm. 2.

[2]) So Jäger, Gl. Anf. § 1 Anm. 12, K. O. § 29 Anm. 1; Cosack, a. a. O. S. 24 § 6; Jaeckel, die Anfechtung von Rechtshandlungen, Berlin 1881, § 11 S. 157 ff.; Seuffert, a. a. O. S. 226.

[3]) Jäger, Gl. Anf. § 1 Anm. 12.

[4]) Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, Bd. 26 S. 474; Verträge auf Leistung an Dritte, S. 380 ff.; Anspruch und Klagerecht, S. 260.

Recht, durch einseitige Willenserklärung eine Änderung der Rechtsverhältnisse herbeizuführen, insofern der Kündigung, der Wahlerklärung vergleichbar".[1]) Diese grundverschiedene Auffassung setzt voraus: einen rechtsgeschäftlichen, formlosen Erklärungsakt („Anfechtung") und ferner als Folge relative Nichtigkeit mit rückwirkender dinglicher Kraft.

Der Unterschied dieser Auffassung von der oben kurz skizzierten herrschenden Meinung kommt hauptsächlich in der Form der Geltendmachung und in den Wirkungen der Anfechtung zum Ausdruck. Daher beschränkt sich der Streit der beiden gegensätzlichen Auffassungen auf diese beiden Fragen, die aufs innigste miteinander zusammenhängen. Ehe jedoch in dieser Richtung in eine Untersuchung bezüglich des heutigen Rechts eingetreten werden kann, muss der Stand dieser Fragen für die Zeit vor der Novelle zur K. O. untersucht werden.

IV. Form der Geltendmachung und die Wirkungen der Gläubigeranfechtung.

§ 9. Form der Geltendmachung vor 1900.

Für die Zeit vor der Novelle z. K. O. ist die Frage nach der Form der Geltendmachung der Gläubigeranfechtung schnell beantwortet. Die Gesetzgeber sind sich von jeher bewusst gewesen, dass die Gläubigeranfechtung einen harten Eingriff in die Rechtssphäre der Geschäftsschliessenden bedeutet, denn eine an sich wirksame Rechtshandlung geschäftsfähiger Personen wird im Interesse Dritter für unwirksam erklärt. Sie würde auch eine schwere Gefährdung der Verkehrssicherheit herbeiführen, wenn sie jederzeit durch formlose Erklärung geltend gemacht werden könnte. Aus diesen rechtspolitischen Gründen ist auch in den Reichsgesetzen die

[1]) Hellwig, Zeitschr. S. 477.

Geltendmachung nur im Wege der Klage oder Einrede (Replik) zugelassen. Schon die Vorläufer der beiden Reichsgesetze erklären:

> Preussisches Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855: § 1. „Ausser dem Falle des Konkurses steht jedem Gläubiger . . . . die Befugnis zu, Rechtshandlungen seines Schuldners im Wege der Klage oder Einwendung anzufechten."
>
> Preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855: § 110. „Das Recht der Anfechtung kann nicht nur im Wege der Klage, sondern auch im Wege der Einwendung ausgeübt werden."

Zwar ist eine solche ausdrückliche Bestimmung weder in der Reichskonkursordnung, noch im Reichsanfechtungsgesetz aufgenommen; dass aber die Redaktoren dieser Gesetze an keine andere als an eine gerichtliche Geltendmachung dachten, beweisen die Motive zur Konkursordnung und zum Anfechtungsgesetz. In ersteren heisst es: „Praktisch von Bedeutung ist, dass es zur Anfechtung nicht der Anstellung einer Klage bedarf, dass sie in allen Fällen auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann." [1]) In den Motiven zum Anfechtungsgesetz heisst es: „Endlich versteht es sich von selbst, dass auch ausserhalb des Konkurses die Anfechtung sowohl im Wege der Klage als im Wege der Einrede stattfinden kann." [2])

Diese Überzeugung der Redaktoren kommt auch im Gesetz zum Ausdruck. Im Reichsanfechtungsgesetz alter Fassung ist im § 5 von der „Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" und im § 9 von der Anfechtung „im Wege der Klage" die Rede. An mehreren Stellen (§ 3 Nr. 2, 3, 4; § 4, § 13 Abs. 4 und § 13 Abs 2 alter und neuer Fassung) spricht es auch von der Anhängigkeit des Anfechtungsanspruchs, mit

[1]) Hahn IV, S. 123.
[2]) Hahn IV, S. 736.

keiner Andeutung aber von einer aussergerichtlichen Anfechtungserklärung.

In Übereinstimmung hiermit hat sich vor 1900 nicht nur die bei weitem überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, sondern auch die Rechtsprechung für die allein zulässige gerichtliche Geltendmachung der Gläubigeranfechtung entschieden.[1])

§ 10. Wirkung der Anfechtung vor 1900.

Weit schwieriger ist die Frage nach der Wirkung der Gläubigeranfechtung vor 1900 zu beantworten. In dieser Beziehung drücken sich die Motive an manchen Stellen recht unklar aus, so dass diese Stellen oft im Sinne einer dinglich wirkenden Gläubigeranfechtung ausgelegt werden können; eine eingehende Prüfung muss jedoch zu einem für die obligatorische Wirkung günstigen Resultat gelangen.

Bei der Besprechung des § 22 K. O. a. F., ungeänderten § 29 n. F. führen die Motive[2]) folgendes aus: „Systematisch wird zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der die Gläubiger verletzenden, vor der Konkurseröffnung erfolgten Rechtshandlungen des nachmaligen Gemeinschuldners unterschieden . . . Juristisch lässt eine Nichtigkeit sich nur begründen, wenn dem Geschäft selbst ein rechtlicher Mangel innewohnt". Damit lehnt, was auch unbestritten ist, der Gesetzgeber die Nichtigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung ab. Wie steht es jedoch mit der Anfechtbarkeit? Hören wir die Motive[3]) weiter: „Der Entwurf musste daher in allen

[1]) So Bernhardi, Annalen 1903; O. Fischer, Lehrbuch des Pr. Privatrechts, Berlin 1887, S. 768; Fitting, Das Reichkonkursrecht 2. Aufl., S. 159; Hartmann, a. a. O. S. 30; Jaeckel, a. a. O. S. 172; Jaeger, K. O. 2 Aufl. § 29 Anm. 59 ff.; Gl. Anf. § 1 Anm. 67 ff.; Korn, S. 23 ff.; Otto, S. 161 ff.; Tschierschki, Die Geltendmachung der Gläubigeranf., Rostock 05, S. 23 ff.; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 1900, S. 953; R. G. Bd. 19, 202; Bd. 50, 77; Bd. 52, 341; Bd. 58, 45; abw. Cosack, S. 24 ff.

[2]) Hahn IV, S. 122. [3]) Hahn IV, S. 122.

Fällen die Anfechtbarkeit annehmen. Die Gläubiger haben das Recht, die Verfügungen des Gemeinschuldners in ihrem Erfolg anzufechten. Durch das an sich gültige Rechtsgeschäft ist von dem Gemeinschuldner ein Wertobjekt aus seinem Vermögen aufgegeben worden. Die Veräusserung ist den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen. Das ist der Inhalt des Anfechtungsrechts, und darin liegt der Zweck und die Wirkung desselben: Das vom Gemeinschuldner aufgegebene Objekt als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurückzuführen . . . Die Anfechtbarkeit ist noch weniger als eine relative Nichtigkeit. Das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich gültig bestehen und behält seine Wirkung unter den handelnden Teilen nach dem Inhalt des Geschäfts. Darum stellt der Entwurf das Prinzip an die Spitze: Die Rechtshandlungen können als gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam angefochten werden."

Hier sagen die Motive deutlich, was sie als Wirkung der Anfechtung betrachtet wissen wollen: Das angefochtene Geschäft ist unwirksam; diese Unwirksamkeit bedeutet jedoch nicht Nichtigkeit, auch nicht relative Nichtigkeit, sondern ein „Weniger", und dieses besteht darin, dass die Rechtsbeständigkeit — „bleibt als an sich gültig bestehen" — des Geschäfts zwischen Schuldner und Gegner „den Ansprüchen (der Gläubiger) nicht entgegensteht." Mit anderen Worten, der Anfechtungsgegner kann sich gegenüber den Ansprüchen der Gläubiger[1]) auf Rückgewähr nicht auf das zwischen ihm und

[1]) Nur diese können gemeint sein; denn die Ansprüche der Gläubiger gegen den Gemeinschuldner (Schuldner) haben mit der Veräusserung unmittelbar nichts zu tun. Darauf deuten die Motive auch in dem unmittelbar nachfolgenden Satze hin: „. . . zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurückzuführen."

dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis berufen. Der Angriff der (oder des) Gläubiger hat keine positive Wirkung, indem er etwa die anfechtbare Rechtshandlung den Gläubigern gegenüber beseitigt, sondern nimmt nur negativ dem Anfechtungsgegner das ihm sonst gegen alle dritte zustehende Recht, sich zur Abwehr des Angriffs auf die zwischen ihm und dem Schuldner erfolgte Rechtsverschiebung zu stützen. Hier versagt die Rechtsordnung zur wirksamen Durchführung des Anfechtungsanspruchs dem Anfechtungsgegner ihre Hilfe; es ist dies das „Weniger" gegenüber einer relativen Nichtigkeit; eine Wirkungslosigkeit, die sich in der Unmöglichkeit der Verteidigung erschöpft, die — es sei mir das Bild gestattet — dem Gegner die Arme fesselt, so dass er sich den Angriffen der Gläubiger gegenüber nicht verteidigen kann. Dies ist die Bedeutung, welche die Motive mit dem Ausdruck „unwirksam" der §§ 29 KO. 1 Anf. G. verbinden, von einer Beseitigung des anfechtbaren Akts den Gläubigern gegenüber mit rückwirkender Kraft kann gar nicht gesprochen werden. Diese Bedeutung von „unwirksam" widerspricht auch nicht dem damaligen Wortsinn; das Wort hatte noch keine technische Bedeutung, sondern wurde in allgemeinem, unbestimmtem und farblosem Sinne gebraucht[1]). Dieser farblose Begriff hat in den Reichsanfechtungsgesetzen die angegebene Bedeutung erhalten[2]).

---

[1]) vgl. Mitteis in Iher. Jahrb. 28 S. 87: „Ausdrücke wie nichtig, ungiltig, unwirksam, kraftlos sind fast gleichwertig; jeder sagt alles." Dies gibt auch ein Anhänger der Dinglichkeitslehre zu: Voss in Iher. Jahrb. 51 S. 413, 436. Anders Hellmann, Bl. f. Rtsanw. 70 S. 406. vgl. noch Jäger, K. O. § 29 Anm. 10, Gl. Anf. § 1 Anm. 16, Oertmann a. a. O. S. 16.

[2]) In dieser Bedeutung ist das Wort auch kein überflüssiges und farbloses Flickwort mehr (Voss Iher. Jahrb. 51 S. 414, 415), sondern es deutet auf die Unmöglichkeit der Verteidigung des Anfechtungsgegners gegen die Angriffe der Gläubiger. Jedoch zu be-

Auch noch an anderen Stellen der Motive sehen wir die obligatorische Wirkung der Anfechtung betont. Ganz abgesehen davon, dass an mehreren Stellen (z. B. Hahn IV, S. 147, 151) von einer Verpflichtung des Gegners zur Rückgewähr gesprochen wird, heisst es bei Besprechung des § 7 alter und neuer Fassung: „Wird die Anfechtung gleichzeitig von mehreren verfolgt, so begründet die Priorität der Klageerhebung an sich kein Vorzugsrecht (dies wäre aber eine Folge der dinglichen Wirkung!). Ebensowenig hat die Verurteilung des Empfängers diese Wirkung. Auch durch sie entsteht kein dingliches Recht des Gläubigers an dem zurückzugewährenden Gegenstand“[1]). Damit ist m. E. entschieden und ausdrücklich eine dingliche Wirkung abgelehnt.

Dementsprechend hat sich die Literatur[2]) vor 1900 in seltener Einmütigkeit für die obligatorische Anfechtungswirkung ausgesprochen; ihr hat sich in ständiger Übung

haupten, dass die Gesetze bei dem Gebrauch des Wortes „unwirksam“, „einer künftigen Rechtssprache voreilend“, den Ausdruck in der terminologischen Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches neu geprägt hätten, geht zu weit. (Voss, a. a. O.).

[1]) Hahn IV, S. 744.

[2]) vgl. Cosack § 43, Jaeckel, a. a. O. S. 144 ff.; Korn, a. a. O. S. 180; so auch Voss, a. a. O. S. 414 („allgemeine Auffassung“), a. M. Hellmann, a. a. O. S. 406. Mitteis in Iher. Jahrb. 28 S. 130 N. 3: „Bei Schultze besteht insbesondere das Bestreben, die Fälle des § 6 K. O. mit den Anfechtungen vor dem Konkurs vorgenommener Rechtshandlungen auf ein Prinzip zurückzuführen. Dass dies nicht möglich ist, erhellt daraus, dass jene Reszissionen, diese Revokationen sind.“ Ferner Seuffert, im Jahre 1894, Zeitschr. f. d. Ziv. Proz. 20, S. 84: Es besteht in Literatur und Rechtsprechung fast allgemeine Übereinstimmung darüber, dass die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung keine dingliche Wirkung hat, sondern nur ein Forderungsrecht begründet.

die Rechtsprechung angeschlossen[1]). Als typisches Beispiel möge hier die Entscheidung des II. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 20. Januar 1885[2]) folgen: „Die anfechtbare Handlung ist nicht (auch nicht partiell oder relativ) nichtig; es handelt sich auch insofern nicht um Anfechtbarkeit im eigentlichen Sinne, als nicht die Rechtshandlung mit ihren zwischen den Parteien existenten Wirkungen beseitigt wird; vielmehr ist nur für den Anfechtungsberechtigten ein Forderungsanspruch begründet, der zwar auf Beseitigung des durch die Rechtshandlung begründeten rechtlichen und tatsächlichen Zustandes und Wiederher-

---

[1]) vgl. Jäger, Gl. Anf. § 1 Anm. 16 und die dort zitierten Reichsgerichtsentscheidungen. Hellmann, Bl. f. Rechtsanw. 70, S. 408 und Kr. V. Schr. 47, S. 131 ff. hat verschiedene dieser und anderer Reichsgerichtsentscheidungen im Sinne der Dinglichkeitslehre auszulegen versucht — mit Unrecht: Bei eingehender Beurteilung wird man finden, dass das Reichsgericht fast durchweg an der obligatorischen Wirkung der Anfechtung festgehalten hat. Wo die Entscheidungen von „Unwirksamkeit" sprechen, ist diese in der eigengearteten Bedeutung der Motive, nicht aber, wie es Hellmann tut, in der terminologischen Bedeutung des heutigen Rechts aufzufassen. Unter den Entscheidungen, die Hellmann für sich in Anspruch nimmt, befindet sich auch die weiter unten angeführte E. R. G. Bd. 13 S. 5 ff.! Es seien noch genannt: R. G. 19 S. 206, 32 S. 102, 20 S. 29, J. W. 89 S. 109 Nr. 11, 96 S. 695 Nr. 26, 98 S. 247 Nr. 10 und 99 S. 831. Von diesen will z. B. R. G. 20 S. 29 die relative Wirkung der Anfechtung zum Ausdruck bringen. Bei der Abgrenzung dieses Begriffes unterlaufen dem Reichsgericht Redewendungen, die leicht im Sinne einer dinglichen Wirkung gedeutet werden könnten. Doch dort, wo die Entscheidung von den Wirkungen der Anfechtung spricht, betont sie deutlich die obligatorische Natur derselben: So heisst es S. 30: Die Folgen der Anfechtung ordnet § 30 Abs. 1 K. O. näher dahin: „Was durch die anfechtbare . ." Hiernach ist, wenn die angefochtene Handlung in der Bestellung einer Hypothek am Grundstück des Gemeinschuldners bestand, das Grundstück von der Hypothek zu befreien." Nicht also wird die anfechtbar bestellte Hypothek ungiltig, sondern der Anfechtende hat nur einen Anspruch auf Befreiung des Grundstücks von der Hypothek.

[2]) R. G. Bd. 13 S. 5 ff.

stellung des vor der Rechtshandlung bestandenen Zustandes gerichtet ist, der aber nicht bewirken kann, dass dieser frühere Zustand ex tunc wiederhergestellt wird. Die anfechtbare Rechtshandlung ist bis zur Ausübung der Anfechtung gültig und wirksam; sie verliert durch die Anfechtung den Gläubigern gegenüber ihre Wirksamkeit für die Zukunft; die Folgen, welche sie bis dahin erzeugt hatte, fallen aber nicht von selbst und rückwärts zusammen; daher werden Rechte, welche Dritte unanfechtbar erworben hatten, durch die Anfechtung nicht berührt und begründen nur für den Anfechtungsgegner die Verpflichtung, diese Rechte zu beseitigen oder Ersatz zu leisten".

Kurz zusammenfassend sei nochmals bemerkt, dass vor 1900 die herrschende Meinung daran festhielt, die Anfechtung vernichte nicht das nachteilige Geschäft in seinem Bestande, sondern gewähre dem benachteiligten Gläubiger einen Anspruch auf „Rückgewähr". Dieser Anspruch sei mit Vorliegen der im Gesetz bestimmten Voraussetzungen gegeben und könne nur auf gerichtlichem Wege (Klage, Einrede, Replik) geltend gemacht werden.

Das war der Stand der Frage vor 1900, auch Gegner[1]) der „Obligationstheorie" geben dies, wenn auch nur gezwungen, zu.

§ 11. Die Dinglichkeitslehre.

Seit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches und der gleichzeitig bewirkten Abänderung der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes lehrt, wie bereits oben erwähnt, eine grössere Anzahl von Schriftstellern, dass die obligatorische Wirkung der Anfechtung zu verwerfen und eine dingliche Wirkung anzunehmen sei. Dem Begründer dieser Lehre, Hellwig, haben sich angeschlossen: Crome (Bürg. R. I S. 352 ff.), Kipp (in Windscheids Pandekten

[1]) vgl. Hellwig, Zeitschr. S. 476, Vertr. S. 380; Müller, a. a. O. S. 20, 35; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 955.

8. Aufl. II S. 955 ff.), Hellmann (Bl. für Rtsanw. 70 S. 401 ff.), Fitting (Konkursrecht § 18), H. Müller (a. a. O.), Wolff (Kommentar zur K. O.), Voss (Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 233 u. Bd. 51 S. 412), Lenhard, Zeitschrift f. dtsch. Zivilprozess Bd. 38 S. 165 f. u. a. m.

Hellwig und seine Anhänger berufen sich darauf, dass mit Einführung des Bürgerlichen Rechts „die Normen der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes nicht isoliert für sich, sondern als ein integrierender Bestandteil des gesamten neuen Reichsrechts zu betrachten sei.“[1]) Dementsprechend sei die Gläubigeranfechtung der in den §§ 119 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelten Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Wissens- oder Willensmängel begrifflich gleichzustellen; in ihren Wirkungen unterscheide sie sich von dieser nur dadurch, dass sie bloss eine relative Nichtigkeit gemäss §§ 135, 136 des Bürgerlichen Gesetzbuches herbeiführe.

Diese Lehre stellt sich in scharfen Gegensatz zu der bisher geltenden Anschauung und der herrschenden Meinung. Während diese mit Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch für gegeben erklärt, und danach die Anfechtung, d. i. die Geltendmachung dieses Anspruchs, nur für seine Realisierung von Bedeutung ist, macht die Dinglichkeitslehre die Existenz eines Anspruchs von einer einseitigen Anfechtungserklärung nach § 143 des Bürgerlichen Gesetzbuches abhängig. Hier also entspringt erst aus der durch die Erklärung bewirkten relativen Nichtigkeit der „Anfechtungsanspruch“. Dieser Unterschied ist der Kernpunkt der Streitfrage, und hier hat unsere Untersuchung einzusetzen.

§ 12. Form der Geltendmachung der Anfechtung nach 1900.

Hat die Anfechtung durch formlose, rechtsgeschäftliche Anfechtungserklärung zu geschehen? In diese

[1]) Hellwig, Zeitschr. S. 479.

Frage spitzt sich der Streit zu: Mit dieser Frage steht und fällt die Dinglichkeitslehre, denn für sie ist die Annahme einer selbständigen Anfechtungsbefugnis Existenzbedingung. Vom Standpunkt der Obligationstheorie ist die Annahme einer Anfechtungserklärung entbehrlich und liesse sich nur damit erklären, dass sie zur Wahrung der Fristen der §§ 41 KO. 12 Anf. G. dienen solle. Es ergibt sich also: Ist die aufgeworfene Frage zu verneinen, so ist unbedingt die Dinglichkeitslehre zu verwerfen; im anderen Falle ist zwar daraus noch kein Argument gegen die Obligationstheorie zu entnehmen; die Anwendbarkeit des § 143 B. G. B. würde aber folgerichtig zur Anwendbarkeit des § 142 B. G. B. und damit zur Annahme einer dinglichen Wirkung der Anfechtung führen.

Die Anhänger der Dinglichkeitslehre stellen die Behauptung auf, der Begriff Anfechtung sei im Reichsrecht zu einem terminus technicus von ganz bestimmter Bedeutung geworden. „Das Reichsrecht verwertet den Ausdruck Anfechtung in den Fällen, in denen eine Rechtshandlung die beabsichtigte Rechtswirkung erzeugt, aber so, dass diese als nicht eingetreten anzusehen ist, wenn die Anfechtungserklärung erfolgt“[1]). Dieser technische Begriff sei auch auf die Gläubigeranfechtung anzuwenden; bestätigt werde dies durch die Änderungen, die in der K. O. und im Anf. G. vorgenommen worden sind.

Darauf ist zu erwidern: Mag immerhin der Begriff der Anfechtung im Bürgerlichen Recht einheitlich geregelt sein, so ist diese Einheitlichkeit nicht auch auf ein Gesetz zu erstrecken, das schon lange Zeit vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten ist. Seit v. Savigny, der das Wort Anfechtbarkeit zuerst in der

[1]) Hellwig, Zeitschr. S. 476.

Literatur einführte[1]) (System des heutigen römischen Rechts Bd. IV, § 202 S. 537), hat dieser Begriff, wie bereits einleitend erwähnt, verschiedene Wandlungen durchgemacht. Aus dem unklaren und unentschiedenen Begriff der Anfechtbarkeit im Pandektenrecht hat sich eine Scheidung in echte und unechte Anfechtbarkeit, die auch obligatorische Herausgabeansprüche zu den Anfechtungsrechten zählte, vollzogen. (Vergl. Mitteis, a. a. O. S. 90: „Eine vielfach gebrauchte Einteilung der Anfechtbarkeit ist die in Reszissibilität und Revokabilität, unmittelbare und mittelbare Anfechtbarkeit — je nachdem der Bestand des Rechtsgeschäfts selbst aufgehoben oder nur die Wirkungen desselben (im obligatorischen Wege) rückgängig gemacht werden"). Unter der Herrschaft dieser Anschauung sind die Reichsgesetze entstanden und dass sie, und mit ihnen Literatur und Rechtsprechung, die Anfechtbarkeit im Sinne einer „unechten", „mittelbaren" auffassten, ist oben schon festgestellt worden. Erst das Bürgerliche Gesetzbuch hat einen einheitlichen Begriff der Anfechtbarkeit in dem von Hellwig dargestellten Sinne zur Ausbildung gebracht. Dass dieser Begriff jedoch nicht auf die Gläubigeranfechtung auszudehnen sei, betonen ausdrücklich die Motive zum I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches zu § 112 (jetzt § 142): „Die Vorschrift hat die Aufgabe, den Sinn klarzustellen, welcher mit dem Ausdruck Anfechtbarkeit verbunden wird, wenn derselbe in Ansehung eines Rechtsgeschäfts ohne nähere Bestimmung im Entwurf gebraucht ist. Nicht berücksichtigt ist die Anfechtung, welche gegen ein Rechtsverhältnis sich richtet. Ausser Betracht gelassen ist nicht minder der Anfechtungsbegriff, von welchem die K. O. §§ 22—34 (jetzt §§ 29—42) und das Gesetz vom 21. Juli 1879 ausgehen; die von diesen Gesetzen behandelten Rechtsgebiete fallen nicht in den

[1]) vgl. Wendt, Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 91 S. 445.

Bereich des Entwurfs“[1]). Auf diesem Standpunkt stand auch die 2. Kommission; wenigstens lässt sich eine Abweichung aus den Protokollen nicht feststellen. Von den Gegnern wird dem Worte Anfechtung zu grosse Bedeutung beigemessen; sie fühlen sich immer versucht, diesen Begriff im Sinne des heutigen Rechts aufzufassen und ihm eine dingliche Wirkung zuzuschreiben. Dabei vergessen sie jedoch die historische Entwickelung dieses Wortes. Zur Zeit des Erlasses der Reichsjustizgesetze war die Bezeichnung Anfechtung für die gemeinrechtliche actio Pauliana allgemein üblich, und schon viel früher findet er in dem in dieser Beziehung auf dem Boden des gemeinen Rechts stehenden Allg. Landrecht (I, 11, § 1133, I, 10 § 645) und in der Allg. Gerichtsordnung (I, 50 § 54) für die Gläubigeranfechtung Anwendung. Dieser Ausdruck ist von der preussischen Gesetzgebung in den Gesetzen vom 26. 4. 1835, vom 9. Mai 1855 und in der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, — die beiden letzten Gesetze sind die Vorbilder für das Reichsanfechtungsrecht — als ein technischer beibehalten worden. So hat das Anfechtungsrecht der Gläubiger eine eigenartige, von gleichlautenden Rechtsinstituten abweichende

[1]) Wenn Voss (a. a. O. S. 421) diese klare Äusserung der Motive dahin auslegt, dass zwar das Anfechtungsrecht der K. O. und des Anf. G. und das Anfechtungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches auf selbständigen Grundlagen beruhen, zwischen beiden Rechtsmaterien aber doch eine weitgehende Übereinstimmung bestehe und schon bei Zugrundelegung der älteren Fassungen der K. O. und des Anf. G. bestanden habe, so legt er ihrem Sinne Zwang an. Ganz deutlich wird doch hier gesagt, dass K. O. und Anf. G. einen Anfechtungsbegriff regeln, der nicht in den Bereich des Entwurfs fällt, dort also seine Regelung nicht gefunden hat. Die Gläubigeranfechtung ist nun einmal „eine singuläre, besonders geartete, selbständig geordnete Rechtsmaterie“ (R. G. 44 S. 95). Es ist die sog. obligatorische Anfechtbarkeit, welche lediglich einen durch Klage oder Einrede verfolgbaren Wiederausgleichungsanspruch gewährt und Eingang in den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nicht gefunden hat (Motive I S. 220).

Entwickelung genommen und darf nicht auf den blossen Gleichklang der Bezeichnung hin mit ihnen verwechselt werden.

Ein authentischer Beweis[1]) für die begriffliche Verschiedenheit der Gläubigeranfechtung von der Anfechtung des Bürgerlichen Gesetzbuches enthält § 342 Abs. 3 H. G. B. Dieser Paragraph begründet für die stille Gesellschaft aus der vollständigen oder teilweisen Rückgewähr der Einlage, sowie aus dem Erlass des Verlustanteils eine selbständige Anfechtbarkeit. Auf die Geltendmachung und die Wirkungen der Anfechtung sollen die Vorschriften der Konkursordnung Anwendung finden. Nicht also auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelte Anfechtung, sondern auf die Gläubigeranfechtung der Konkursordnung ist verwiesen, ein schlagender Beweis für die begriffliche Verschiedenheit der beiden Anfechtungsarten, und um so wertvoller, als dieser Paragraph im Handelsgesetzbuch neu aufgenommen worden ist, die Verschiedenheit also auch für das jetzige Recht festgehalten wird.

Aber auch die Novelle zur Konkursordnung hat nicht eine Veränderung des Begriffs und Wesens der Anfechtung in der Weise bewirkt, dass sie nunmehr den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts unterworfen wäre. Eine so tiefgreifende und grundsätzliche Änderung ist weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien erweisbar. Im Gegenteil, die Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes betr. Änderung der Konkursordnung und eines zugehörigen Einführungsgesetzes zeigt, dass an eine prinzipielle Änderung der Konkursordnung nicht gedacht worden ist, sondern der Entwurf sich darauf beschränkt hat, „neben den durch das neue bürgerliche Recht gebotenen Änderungen eine verhältnismässig nicht erhebliche Zahl von Verbesserungen vorzuschlagen".[2])

[1]) Zuerst angeführt von Wendt, a. a. O. S. 460.
[2]) Hahn VII, S. 231.

Die hiernach in Betracht kommenden Abänderungen sind die Ersetzung der Verjährungsfristen der §§ 41 K. O. und 12 Anf. G. durch Ausschlussfristen und die Ersetzung der Ausdrücke „vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs", bezw. „Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden", bezw. „Anfechtungsanspruch erhoben" der §§ 3 Nr. 2, 3, 4; 4; 11; 13 Abs. IV Anf. G. durch die Worte „vor der Anfechtung", bezw. „die Anfechtung erfolgt", bezw. „die Anfechtung erfolgen soll".

Die Begründung führt dazu aus: „Der § 34 (§ 41 n. F.) bestimmt in seiner jetzigen Fassung, dass das Anfechtungsrecht in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens verjährt. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unterliegen nur Ansprüche der Verjährung, das Anfechtungsrecht ist aber nicht als ein Anspruch im Sinne des Gesetzbuches anzusehen (§ 194 Abs. 1). Der Entwurf hat daher im Anschluss an den § 124 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches, der von der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Täuschung oder Drohung handelt, die Fassung dahin geändert, dass die Anfechtung nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen kann." [1]) Die Änderungen des Anfechtungsgesetzes werden wie folgt erklärt:

„Die Abänderungen, die der Entwurf für den § 3 Nr. 2, 3, den § 4, den Schlusssatz des § 11 und den § 13 vorsieht, sind dadurch veranlasst, dass das Anfechtungsrecht nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht als ein Anspruch anzusehen ist." [2])

Aus den hier wiedergegebenen Stellen kann nur entnommen werden, dass die Verfasser des Gesetzes der Ansicht waren, der Anfechtungsanspruch sei kein Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches (hierauf wird später eingegangen werden). Dass aber die Gläubigeranfechtung nach Form und Wirkung der bürgerlich-

[1]) Hahn VII, S. 241.
[2]) Hahn VII, S. 262.

rechtlichen Anfechtung anzupassen sei, das ist mit keinem Wort erwähnt. Erst in der Kommissionsberatung wird darauf hingewiesen, dass „die Absicht dieser Vorschläge des Entwurfs nur darauf gerichtet sei, die Art, wie die Anfechtung im Konkurs und nach den Vorschriften des erwähnten Reichsgesetzes ausgeübt werden solle, mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang zu bringen. Darnach würde in Zukunft die formlos dem Anderen abgegebene Anfechtungserklärung genügen".[1])

Wenn behauptet wird, diese Äusserung gebe die Absicht des Entwurfs des Gesetzes betr. die Änderung der K. O. wieder, so ist diese Behauptung m. E. falsch; denn in der Bundesratsvorlage der Konkursnovelle (Drucksachen 1897 Nr. 41) heisst es ausdrücklich: „Der Frage, ob die Anfechtung ausschliesslich im Wege der Klage und der Einrede oder auch durch eine aussergerichtliche Erklärung des Verwalters gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgen kann, wird durch die Änderung nicht vorgegriffen".

Der Entwurf nimmt also in dieser Frage keine entschiedene Stellung ein. Die angeführte Äusserung scheint wohl nur die Ansicht des Regierungsvertreters wiederzugeben, wie denn sich dieser im weiteren Verlauf der Kommissionsberatung auch zu dieser Auffassung bekannte.[2])

Dass der Regierungsvertreter selbst aber nur daran dachte, eine äusserliche Übereinstimmung in der Form der Geltendmachung der Gläubigeranfechtung mit der des Bürgerlichen Gesetzbuches herbeizuführen, an der obligatorischen Wirkung der Gläubigeranfechtung jedoch festgehalten hat, geht daraus hervor, dass er im Laufe der weiteren Kommissionsberatung bemerkt,[2]) „gegenüber einer Verzögerung der gerichtlichen Geltendmachung der

[1]) Hahn VII, S. 293.
[2]) vgl. Hahn VII, S. 294.

aus der Anfechtung sich ergebenden Ansprüche könne der Anfechtungsgegner sich mit negativer Feststellungsklage schützen! — Eine negative Feststellungsklage ist aber nur bei Annahme einer obligatorischen Wirkung der Anfechtung möglich.

Doch zugegeben, die Verfasser der Novelle hätten die Absicht gehabt, die Art der Anfechtungsausübung der Anfechtung im Bürgerlichen Gesetzbuch anzupassen, so hätte diese Absicht bei ihrer grundlegenden Bedeutung unbedingt im Gesetz zum Ausdruck kommen müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen! Nur geringe Änderungen der K. O. und des Anf. G. sind vorgenommen worden, Änderungen, die keine „tiefgreifende“ [1]) Wirkung äussern, die gewiss nicht zur Annahme einer völligen Umgestaltung der Gläubigeranfechtung nötigen. Wenn es früher hiess (§ 34 K. O. a. F.): „Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit Eröffnung des Verfahrens“, während es jetzt heisst (§ 41 K. O. n. F.): „Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen“, so kann daraus vielleicht auf die, wie später darzutun ist, irrige Ansicht des Entwurfs, dass das Anfechtungsrecht kein Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches § 194 sei, geschlossen werden, nicht aber ist der Schluss zuzulassen, dass von jetzt ab die Anfechtung durch einseitige, rechtsgeschäftliche Anfechtungserklärung zu erfolgen habe.

Ebensowenig lassen diesen Schluss auch die Abänderungen des Anf. G. zu. Daraus allein, dass dem Anfechtungsrecht die Anspruchseigenschaft abgesprochen, und die Verjährungsfrist durch eine Ausschlussfrist ersetzt wird, folgt wiederum nicht, dass die Anfechtung durch formlose Erklärung zu erfolgen habe.

Dagegen heisst es nach wie vor im § 5 Anf. G.: „Die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der

[1]) Hellwig, Zeitschr. S. 476.

Einrede . . .“; im § 9 Anf. G.: „Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage . . .“ Nach wie vor hat § 4 seine Bedeutung für das Anf. G. behalten, indem er schon für die fristenwahrende Anfechtungsankündigung Schriftlichkeit verlangt. Diese Vorschrift wäre „sinn- und zwecklos“, wenn fortab die Anfechtung selbst durch formlose Erklärung ausgeübt werden könnte. Diesen positiven Gesetzesbestimmungen gegenüber hat das argumentum e contrario, das Kurlbaum[1]) aus den Bestimmungen der §§ 12[1] Satz 2 Anf. G. und 41[1] Satz 2 K. O. für die Nichtanwendbarkeit des § 203 Abs. 1 B. G. B. auf den Lauf der Frist herleitet, wenig Bedeutung und kann nicht als zwingender Beweis dafür in Anspruch genommen werden, dass die Redaktoren den formlosen Anfechtungsakt im Gesetz eingeführt haben. Auch die Ausdrücke „befugt“ (Anf. G. § 2) und „Ausübung“ (K. O. § 36, Anf. G. § 13 Abs. II Satz 5, Abs. 4 Satz 1) rechtfertigen nicht, wie Langheineken[2]) ausführt, die Annahme einer selbständigen Befugnis. „Will man von einer Befugnis sprechen, führt er weiter aus, so kann dies nur in demselben Sinne geschehen, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch z. B. in § 800 Satz 1 und in § 915 Abs. 1, Satz 2 tut, nämlich von der jedem Anspruch immanenten . . . . Befugnis zur Geltendmachung des Anspruchs.“ [3])

Mag man auch von der „Absicht“ der Redaktoren überzeugt sein, eine Änderung betr. die Art der Geltendmachung der Anfechtung herbeizuführen, so muss man doch zugeben, dass diese Absicht in den Änderungen nicht nur nicht ihren Ausdruck gefunden hat, sondern auch Bestimmungen unverändert geblieben sind, die eine

---

[1]) J. W. 05, S. 8.

[2]) Anspruch und Einrede, Leip. 1903, S. 118.

[3]) vgl. auch R. G. 44 S. 92: „Wie jeder Anspruch, so schliesst auch der Anfechtungsanspruch die Befugnis zu seiner Geltendmachung in sich.“

von der bisherigen Auffassung abweichende Auslegung des Gesetzes verbieten. Nicht die irrige Meinung der Redaktoren ist der Gesetzesauslegung zu Grunde zu legen, sondern „nur der durch die Gesetzesworte selbst getragene Wille des Gesetzgebers ist als geltendes Recht anzuerkennen".[1])

Es ergibt sich also folgendes Ergebnis: Die Änderungen, die die Novelle zur K. O. und ihr Einführungsgesetz gebracht haben, sind von untergeordneter Bedeutung und haben eine Änderung in der Form der Geltendmachung der Gläubigeranfechtung nicht bewirkt. Es ist daher, wie früher, daran festzuhalten, dass die Anfechtung in einer gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs besteht. Ein selbständiger, rechtsgeschäftlicher Anfechtungsakt ist zu verwerfen.

Die hier vertretene Ansicht wird in der Literatur von Wendt, Bernhardi, Jäger (in seiner 2. Aufl. der K. O.), Langheineken, Tschierschki vertreten und findet ihre Bestätigung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts[2]): Zwei Entscheidungen des VII. Zivilsenats — E. vom 29. März 1904, J. W. S. 367 Nr. 34 und E. vom 28. Juni 1904, J. W. S 496 Nr. 25 — erklären ausdrücklich, dass die Gläubigeranfechtung nur im gerichtlichen Wege geschehen könne, und selbst die Erklärung in einem vorbereitenden Schriftsatz ungenügend sei. Treffend führt dazu die Begründung der ersten Entscheidung aus: „Nach dem bisherigen Rechtszustande erfolgte die Anfechtung durch gerichtliche Geltendmachung des Anfechtungsanspruches. Eine Änderung in dieser Hinsicht lässt sich aus den Abänderungen, welche die K. O. und das Anf. G. durch die neue Gesetzgebung erfahren haben, nicht herleiten. Hiernach ist anzunehmen, dass die zur Fristenwahrung erforderliche Geltendmachung des Anfechtungsrechts nach wie vor eine gerichtliche ist."

[1]) R. G. Ver. Ziv. Sen. vom 21. 2. 1902 Bd. 51,3.

[2]) vgl. auch R. 58 S. 44.

Kommen wir jetzt zu unserem Ausgangspunkt zurück: Die Dinglichkeitslehre steht oder fällt mit der Annahme oder Verneinung eines selbständigen Anfechtungsaktes. Da nun die Annahme eines solchen Aktes nicht zu halten ist, vielmehr die Anfechtung nach wie vor die gerichtliche Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs ist, so müsste damit für uns die Dinglichkeitslehre mit ihrer Analogie aus § 143 B. G. B. erledigt sein. Ihre Unhaltbarkeit soll jedoch auch noch bez. ihrer Wirkungen bewiesen werden.

§ 13. Die Wirkung der Gläubigeranfechtung nach 1900.

Das Bürgerliche Gesetzbuch wendet den Begriff der Anfechtung auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse an (vgl. §§ 62, 115, 119 ff., 318, 1330 ff., 1591, 1593 ff., 1755, 1954, 2340 ff.); in den Wirkungen zeigt sich die Einheitlichkeit des Begriffs: Das Angefochtene gilt als von Anfang an nichtig; in den Anfechtungsmitteln hat dagegen das Bürgerliche Recht die grösste Verschiedenheit walten lassen. Bald genügt eine einfache Erklärung (§§ 119 ff., 143, 200, 318 etc.), bald muss die Erklärung notariell beglaubigt sein (z. B. § 2282), bald erfolgt die Anfechtung durch Klage (§§ 1341, 2342). Im letzteren Fall bewirkt das auf die Anfechtungsklage ergehende Urteil des Richters die Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsverhältnisses: es wirkt das Urteil konstitutiv. Ist nun vielleicht in die letzte Kategorie von Anfechtungen die Gläubigeranfechtung einzureihen? Wie wir gesehen haben, kann die Gläubigeranfechtung nur auf gerichtlichem Wege geltend gemacht werden. Sollte die Anfechtungsklage nicht ebenso wie z. B. die Anfechtungsklage nach § 2342 B. G. B. konstitutive Wirkung haben? Mit dem der Anfechtungsklage stattgebenden Urteil treten die Wirkungen des § 142 B. G. B. ein: das angefochtene Geschäft gilt den Gläubigern

gegenüber als von Anfang an nichtig; die Folgen der Anfechtung werden dem Anfechtenden gemäss seinem Antrage zugesprochen (so wenigstens ausserhalb des Konkurses, denn § 9 Anf. G. „verlangt“ die Verbindung der Anfechtungsklage mit der Klage auf Herausgabe). — In der Tat hat Hellwig[1]) diese Folgerungen gezogen; er hält jedoch an seiner früheren Behauptung fest, dass mit der Novelle zur K. O. eine technische Anpassung der Gläubigeranfechtung an den technischen Anfechtungsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgt sei. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

Wie oben dargetan, hielt vor 1900 sowohl Literatur wie Judikatur fast ausnahmslos an der obligatorischen Wirkung der Gläubigeranfechtung fest; auch die Motive gehen von dieser Auffassung aus und lassen sich nicht im Sinne einer gegenteiligen Ansicht deuten. Mithin kann nur aus den Änderungen, die die Novelle und ihr Einführungsgesetz für die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz gebracht haben, auf eine Änderung im Wesen des Anfechtungsrechts geschlossen werden.

Wir haben auch bereits gesehen, dass die Verfasser der Novelle eine prinzipielle Änderung nicht angestrebt haben; höchstens haben sie eine nur äusserliche Übereinstimmung in der Form der Geltendmachung der Gläubigeranfechtung herbeiführen wollen; auch dieses Wenige ist ihnen nicht gelungen.

Es bleibt also nichts weiter übrig, als anzunehmen, dass die Änderungen eine grössere Tragweite besessen haben, als selbst von den Verfassern der Novelle angenommen worden ist, dass sie, von den Verfassern unbeabsichtigt, eine begriffliche Umgestaltung der Gläubigeranfechtung im Sinne Hellwigs und seine Anhänger bewirkt haben.

---

[1]) vgl. Deut. Jur. Zeit. 1905, S. 249 ff. Mit ihm auch andere Vertreter der Dinglichkeitslehre.

Worin bestehen nun diese, wie Hellwig meint, „tiefgreifenden“ Änderungen der Konkursordnung und des Anf. G.? Es ist die schon oben erwähnte Ersetzung der Verjährungsfrist durch eine Ausschlussfrist, und die nicht einmal vollständige Beseitigung des Ausdrucks „Anfechtungsanspruch“ durch den vieldeutigen Ausdruck „Anfechtung“. Es ist klar und bedarf wohl nicht des Beweises, dass diese an sich unwesentlichen Änderungen nicht eine umwälzende Bedeutung haben können; erst die Begründung, dass der Anfechtungsanspruch kein Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches § 194 sei, und dass deswegen die Änderungen vorgenommen worden seien, lässt sie in einem anderen Licht erscheinen, und gibt auch den Gegnern einen Schein von Recht zu ihren weittragenden Folgerungen.

Die Auffassung der Redaktoren der Novelle jedoch ist unhaltbar; sie zeigt eine Verkennung des Geistes und des Entwicklungsganges des Rechtsinstituts der Gläubigeranfechtung, in dem Irrtum wurzelnd, dass überall dort, wo von Anfechtung gesprochen wird, auch das Gleiche gemeint sei. Es gilt, sich von diesem Irrtum freizumachen und zu erkennen, dass das Anfechtungsrecht nach wie vor ein Anspruch ist, völlig verschieden von der dinglich wirkenden Anfechtung des bürgerlichen Rechts.

Dafür, dass beide Arten von Anfechtungen nur den Namen gemein haben, ihrem Zweck und ihrem Wesen nach aber grundverschieden sind, sprechen vor allem innere, wirtschaftliche Gründe.

Die Gläubigeranfechtung bezweckt einen wirtschaftlichen Ausgleich. Dem Gläubiger, der in unbilliger Weise in seiner Befriedigungsmöglichkeit beschränkt worden ist, soll ein Ersatz gegeben werden. Soweit das Schuldnervermögen reicht, ist ein solcher nicht nötig; darüber hinaus aber haftet der Dritte, der Teilnehmer an der unbilligen Handlungsweise des Schuldners, für diesen Ersatz. Es wäre eine einseitige Begünstigung des

wirtschaftlich stärkeren Gläubigers, und würde eine nachteilige Unsicherheit des Verkehrslebens bedingen, würde das Gesetz, wie die Gegner es wollen, dem Gläubiger die Macht geben, im eigenen, selbstischen Interesse ein an sich gültiges Rechtsgeschäft zu vernichten. Das Gesetz ist ein Schutzgesetz, und diesem Zweck entsprechen seine Mittel. Nicht vernichten will es, sondern schützen. In seinem Interesse liegt es, das rechtsgültig abgeschlossene Geschäft auch rechtsbeständig zu erhalten. Und nur insoweit dadurch den Gläubigern in unbilliger Weise Befriedigungsobjekte entzogen werden, gewährt ihnen das Gesetz das Recht, vom Gegner Ermöglichung des Zwangszugriffs an den ihnen entzogenen Objekten zu verlangen. Dass dieses Recht als ein Ersatz gedacht ist, geht daraus hervor, dass der Anfechtungsgegner durch freiwillige Befriedigung des Gläubigers die Rückgewähr der anfechtbar erworbenen Gegenstände vermeiden kann.[1]) Eine Vernichtung des Geschäfts dagegen würde weit über das Ziel — Schutz der Gläubiger in ihren berechtigten Interessen — hinausgehen. Das zeigt sich besonders bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses: Sollte etwa z. B. eine an sich rechtmässige Grundstücksveräusserung im Werte von 100000 Mk. wegen einer Forderung geringeren Betrages, etwa 1000 Mk. vernichtet werden! Könnte dies die Absicht des Gesetzes sein, dann müsste man der Gesetzgebung einen recht bedenklichen Mangel an rechtspolitischem Geschick beimessen.[2])

[1]) s. Motive, Hahn IV, S. 744.

[2]) Hellmann (a. a. O. S. 419 und Kr. Viert. J. Schr. S. 140) will eine Wesensverschiedenheit nicht gelten lassen; zwar in den Voraussetzungen sei die Gläubigeranfechtung von der bürgerlichrechtlichen Anfechtung verschieden, jedoch nicht hierin, sondern in der Form und in den Wirkungen bestehe das Wesen einer Massregel. Wie bei der in integrum restitutio oder bei der Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung trotz verschiedenster Voraussetzungen die gleiche Wirkung eintrete, so unterscheide sich die Gläubigeranfechtung nur in den Voraussetzungen, nicht aber

Wie verschieden dagegen ist die Anfechtung nach dem Bürgerlichen Recht § 119 ff.! Hier handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das an einem inneren Mangel krankt. Wird dieser Mangel vom Berechtigten — nicht von einem unbeteiligten Dritten — durch Anfechtung geltend gemacht, so bricht das Geschäft zusammen und gilt als nicht geschehen. Es ist also ein Mangel im Rechtsgrund des Geschäfts selbst, der zur Anfechtung berechtigt, der den Zusammenbruch des Geschäfts herbeiführt. — Das durch Gläubigeranfechtung angreifbare Rechtsgeschäft ist dagegen an sich rechtsbeständig, krankt nicht an einem inneren Mangel und ist daher nicht im Sinne des Bürgerlichen Rechts anfechtbar. (So R. G. v. 29. 3. 04, Bd. 58, 44: Die Gläubigeranfechtung von der Anfechtung nach B. G. B. § 143 „in Voraussetzungen und Wirkungen völlig verschieden".)

Wir sehen, ihrem Zweck und ihrer Natur entsprechend muss die Gläubigeranfechtung eine völlig selbständige, eigenartige Regelung finden. Dies ist auch, trotz der irrigen Meinung der Verfasser der Novelle, in der Reichsgesetzgebung geschehen.

Wie die oben wiedergegebene Erklärung der Motive zu § 112 B. G. B. und die Verweisung des neu eingeschobenen § 342 H. G. B. ergeben, betrachtet die Reichsgesetzgebung die Gläubigeranfechtung als „eine

---

in ihren Wirkungen von der bürgerlichrechtlichen Anfechtung, denn Zweck jeder Anfechtung sei Vernichtung der Wirkungen des angefochtenen Tatbestandes. — Diesen Zweck mag immerhin die bürgerlichrechtliche Anfechtung verfolgen, die Gläubigeranfechtung verfolgt diesen Zweck nicht. Jahrhunderte lang war die Wirkung der Anfechtung wegen Verkürzung der Gläubiger ein Anspruch auf Wiederausgleich der unbilligen Vermögensverschiebung, den gleichen Anspruch gewährt die Reichsgesetzgebung dem Anfechtenden, von einer Vernichtung des angefochtenen Tatbestandes war und ist nirgends die Rede. Beide Rechtsinstitute haben eben nichts als den Namen gemein; mit dieser zwiespältigen Begriffsbedeutung muss man sich mit Rücksicht auf das historisch Gewordene abfinden.

singuläre, besonders geartete, selbständig geordnete Rechtsmaterie".[1]) Dies bestätigen auch die eigenen Worte des Gesetzes. Sowohl in der K. O. (§ 29) wie im Anf. G. (§ 1) heisst es: „Rechtshandlungen können . . . nach Massgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden". Das Gesetz will also nach seinen eigenen Bestimmungen ausgelegt und erklärt sein.

Schon die ersten Paragraphen (§ 29 K. O., § 1 Anf. G.) nimmt die Dinglichkeitslehre als ein Hauptargument für sich in Anspruch. Sie erklärt die Unwirksamkeit, von der die beiden Paragraphen sprechen, als eine Folge der Anfechtung. „Unwirksamkeit[2]) aber bedeutet entweder die (absolute oder relative) Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit, welche nichts anderes als pendente Nichtigkeit ist, oder einen derartigen Zustand des Rechtsgeschäfts, dass der Eintritt seiner Wirksamkeit davon abhängt, dass ein bei seinem Abschluss noch fehlendes Tatbestandsmoment (z. B. die Einwilligung des Vormunds) hinzutritt. Es ist klar, dass hier die Unwirksamkeit nur in dem zweiten Sinne gemeint sein kann." Diese Folgerung ist jedoch nicht ganz so klar, als sie Hellwig erscheinen lässt. Der Fehler liegt darin, dass Hellwig von dem Begriff der Unwirksamkeit ausgeht, wie er im Bürgerlichen Recht zur technischen Durchbildung gelangt ist, ohne zu bedenken, dass er im früheren gemeinen Recht eine einheitliche Bedeutung nicht gehabt hat.[3]) Daher sind zu seiner Erklärung die Motive heranzuziehen, und diese lassen unzweifelhaft, was sie unter „als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" verstanden wissen wollen: Die Unwirksamkeit besteht nicht in einer relativen Nichtigkeit („noch weniger als eine relative Nichtigkeit"), sondern darin, dass dem Anfechtungsgegner die Möglichkeit versagt

[1]) R. G. v. 20. 10. 1899, Bd. 44, 95.
[2]) Hellwig, Zeitschr. S. 477.
[3]) vgl. Hellmann, a. a. O. S. 406.

wird, den Ansprüchen der Gläubiger gegenüber sich auf das an sich giltige Rechtsgeschäft zu berufen. Das war zweifellos der Sinn der Vorschrift vor der Novelle. Ihn jetzt anders aufzufassen, liegt keine Veranlassung vor, zumal da beide Paragraphen unverändert geblieben sind.

Noch eine Reihe anderer gesetzlicher Bestimmungen sprechen gegen die Annahme einer dinglichen Wirkung der Anfechtung.

In den §§ 37—39 K. O. und 7, 8 Anf. G. sind die Folgen der Anfechtung in einer Weise geregelt, die bei unbefangener Auslegung nur im Sinne einer obligatorischen Rückgewährpflicht gedeutet werden können. Bei Annahme einer dinglichen Wirkung wären diese Bestimmungen überflüssig und „als eine irreführende Breite des Gesetzes zu beklagen".[1]) Dies empfinden auch die Anhänger der Dinglichkeitslehre und suchen dem zu begegnen, indem sie die §§ 37, 7 „als ergänzende Nebenbestimmungen" hinstellen[2]) oder für den Fall gegeben erklären, wo neben dem aus der Nichtigkeit hervorgehenden Herausgabeanspruch noch obligatorische Ansprüche auf Erstattung von Unkosten, Gebühren vorhanden sind[3]) — eine wenig befriedigende Auffassung dieser grundlegenden Bestimmungen (vgl. Motive zu § 8 Anf. G. Hahn IV, S. 746: „Wurde oben entwickelt, dass in materieller Beziehung für die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgewähr die allgemeine Bestimmung des § 6 (jetzigen unveränderten § 7) erschöpfend sei . . .").

Aus der Fassung besonders des § 7 Anf. G. haben Anhänger der Dinglichkeitslehre (z. B. Fitting[4]) Müller) einen Beweis für ihre Lehre herauslesen wollen. § 7 bestimmt: „Der Gläubiger kann beanspruchen, dass

[1]) Wendt, a. a. O. S. 456.
[2]) So Hellmann, a. a. O. S. 420.
[3]) So Hellwig, Zeitschr. S. 482.
[4]) a. a. O. S. 220, Note 7.

dasjenige, was . . . aus dem Vermögen des Schuldners veräussert . . . ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.“ Damit, so meinen sie, bestimme das Gesetz ausdrücklich eine dingliche Wirkung, denn der Herausgabeanspruch sei auf die durch die Anfechtung wieder herbeigeführte Zugehörigkeit des veräusserten Gegenstandes zum Schuldnervermögen basiert. — Abgesehen einmal davon, dass eine Rückgewähr zum Schuldnervermögen dem Zweck der Anfechtung zuwiderlaufen und viel eher die Befriedigung des Gläubigers gefährden als befördern würde, ist die Ausdrucksweise „als noch zu demselben gehörig“ falsch aufgefasst. Nicht der Grund, sondern der Umfang der Rückgewährverbindlichkeit ist damit bezeichnet. Das sagen deutlich die Motive[1]): „Nicht zum Vermögen des Schuldners erfolgt die Rückgewähr, noch hat der Gläubiger einen Anspruch auf die zurückzugewährende Sache selbst in dem Sinne, dass sie ihm geleistet werde und in sein Vermögen übergehe. Sein Anspruch gegen den Empfänger (d. h. Anfechtungsgegner) geht vielmehr nur auf Befriedigung aus der Sache selbst, so als ob diese noch zum Vermögen des Schuldners gehörte,“ in der Tat aber gehört sie nicht mehr dazu!

Völlig unvereinbar mit der dinglichen Wirkung sind die Vorschriften der §§ 37 : 2 K. O., 7 : 2 Anf. G., die als Folge der Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr der Bereicherung entstehen lassen. In diesen Fällen kommt also der Charakter des Anfechtungsanspruchs als eines persönlichen Rückgewährsanspruchs im Gesetz klar zum Ausdruck. Da aber die Wirkung der Anfechtung einheitlich geregelt ist und nur der Umfang der Haftung bei Anfechtung von entgeltlichen und unentgeltlichen

[1]) Hahn IV, S. 743.

Leistungen ein verschiedener ist, so muss auch die Anfechtung von entgeltlichen Leistungen einen persönlichen Anspruch erzeugen. Vom Standpunkt der Dinglichkeitslehre käme man notgedrungen dazu, der Anfechtung von entgeltlichen Rechtsgeschäften eine dingliche, von unentgeltlichen Rechtsgeschäften (die Gutgläubigkeit des Empfängers vorausgesetzt) eine obligatorische Wirkung beizulegen: Ein Widerspruch in sich selbst und gegen das einheitliche Prinzip, von dem die Anfechtungsgesetze ausgehen.

Weiter bestimmt § 39 K. O.: „Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.“ Nicht also im Augenblick der Anfechtung lebt die Forderung wieder auf, sondern erst mit der Rückgewähr, eine Regelung, die nur bei einer obligatorisch wirkenden Anfechtung möglich ist. Auch die im § 38 K. O. geregelte Erstattungspflicht der Gegenleistung ist als eine obligatorische gedacht und bleibt weit hinter den Folgen (Aussonderungsanspruch, eventuell Bereicherungsanspruch gegen die Konkursmasse) zurück, die aus einer dinglich wirkenden Anfechtung sich ergeben würden. Auch die Regelung, welche die Anfechtung gegenüber einem Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers im Gesetz gefunden hat, spricht gegen eine dingliche Wirkung der Anfechtung. Die Anfechtung des Bürgerlichen Gesetzbuches wirkt auch gegen den Rechtsnachfolger, soweit dieser nicht durch seinen guten Glauben geschützt wird. Ist z. B. die Eigentumsübertragung eines Gegenstandes wirksam angefochten worden, dann bricht mit dem Erwerbe des ersten Erwerbers auch der Erwerb des schlechtgläubigen Rechtsnachfolgers zusammen, und der Anfechtende hat durch seine Anfechtung gegenüber dem ersten Erwerber auch einen Herausgabeanspruch unmittelbar gegen den schlechtgläubigen Rechtsnachfolger erlangt. Ganz anders ist dagegen die Gläubigeranfechtung gegenüber dem

Rechtsnachfolger in den §§ 40 K. O., 11 Anf. G. geregelt. Hier bewirkt die Anfechtung gegenüber dem ersten Erwerber noch keinen Zusammenbruch des Erwerbs des Rechtsnachfolgers, auch wenn letzterem der Schutz des guten Glaubens nicht zur Seite steht. Vielmehr müssen bei ihm selbständige Anfechtungsgründe vorliegen, und die Anfechtung muss auch ihm gegenüber selbständig vorgenommen werden. Nur insoweit hängen beide Anfechtungen zusammen, als die Anfechtbarkeit (nicht Anfechtung!) des Ersterwerbes Voraussetzung für die Anfechtung des Erwerbes des Rechtsnachfolgers ist. So kann es vorkommen, dass aus der einen anfechtbaren Rechtshandlung sich mehrere selbständige Anfechtungsrechte ergeben, die selbst dem Inhalte nach verschieden sein können[1]). So z. B. haftet der erste Erwerber als gutgläubiger Schenkungsempfänger nach § 37 : 2, § 7 : 2 auf die Bereicherung; sein Rechtsnachfolger aber, der auch noch die Benachteiligungsabsicht, die der Schuldner mit der unentgeltlichen Vergabung verband, kannte, kann nach § 40 Abs. 2 Z. 1 K. O. und § 11 Abs. 2 Z. 2 Anf. G. auf volle Rückgewähr belangt werden[2]). Nebenbei bemerkt sei noch, dass die Haftung des Rechtsnachfolgers auf ein positives Kennen abgestellt ist, während das Bürgerliche Gesetzbuch in diesem Falle auch schon die grobfahrlässige Unkenntnis vor der Anfechtbarkeit nicht schützt. (§ 142 Abs. 2 B. G. B.).

Diese von den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts völlig abweichend geregelte Haftung des Rechtsnachfolgers ist gewiss keine Modifikation des § 142 B. G. B. (Hellwig), sondern lässt sich nur erklären, wenn man daran festhält, dass das Gesetz beim Vorliegen der von ihm geforderten Bedingungen dem Gläubiger einen obligatorischen Rückgewährsanspruch (Anfechtungsanspruch) gegen alle diejenigen gewährt, die in

[1]) vgl. Jäger, Gl. Anf. S. 275.
[2]) vgl. Jäger, Gl. Anf. S. 271; Wendt, a. a. O. S. 457.

unbilliger Weise die Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers verringert haben.

Diese Auffassung wird noch bestärkt durch die Bestimmungen des § 13 Anf. G., der die Einwirkung der Eröffnung und Aufhebung des Konkursverfahrens auf schwebende Anfechtungsprozesse regelt. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners hat auf schwebende Anfechtungsprozesse einzelner Gläubiger oder, um mit den eigenen Worten des Gesetzes zu sprechen, „auf das Verfahren über den Anfechtungsanspruch" die Wirkung, dass das anhängige Verfahren zu Gunsten der gesamten Gläubigerschaft (Konkursgläubiger) unterbrochen wird. Der Konkursverwalter kann nun das Verfahren unter Erweiterung des „Anspruchs" nach den Vorschriften der K. O. §§ 37—39, 41 gemäss §§ 268, 529 Z. P. O. aufnehmen oder ablehnen. Die Ablehnung gilt jedoch nicht als ein Verzicht, denn „die Befugnis des Verwalters, das Anfechtungsrecht nach den Vorschriften der K. O. auszuüben, wird dadurch nicht ausgeschlossen" (§ 13). Hier gebraucht m. E. das Gesetz den Begriff Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch unterschiedslos im Sinne des Anfechtungsanspruchs der Obligationstheorie, andernfalls bliebe es unverständlich, wie eine wiederholte Ausübung desselben Anfechtungsrechts möglich wäre, das sich doch vom Standpunkte der Dinglichkeitslehre als einseitige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung durch einmalige Ausübung notwendig erschöpft.[1])

Absatz 4 desselben Paragraphen berechtigt die Gläubiger für den Fall der Beendigung des Konkurses, die „Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Verwalter zustand", nun ihrerseits zu verfolgen, „soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind". — Das Anfechtungsrecht ist noch garnicht ausgeübt („deren Ausübung . . . . zustand"),

[1]) vgl. Wendt, a. a. O. S. 452.

und doch wird die Möglichkeit zugegeben, dass ihm Einreden entgegenstehen können. Wäre das Anfechtungsrecht die Befugnis zu einem einseitigen Anfechtungsakt, so könnten diesem Anfechtungsrecht unmöglich Einreden entgegengesetzt werden; erst bei der Geltendmachung der durch die Anfechtung hervorgerufenen Nichtigkeitsfolgen wären Einreden denkbar.

Ferner scheitert[1]) die Dinglichkeitslehre am § 5 Anf. G, der „die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" vorsieht. Nur ein obligatorischer Anfechtungsanspruch kann die Grundlage für eine Einrede sein. Hat dagegen die Anfechtung vernichtende Kraft, so kann die bewirkte Rechtsvernichtung nicht eine Einrede, sondern nur eine Einwendung begründen. Dies gibt selbst Kipp, ein Anhänger der Dinglichkeitslehre, zu,[2]) glaubt jedoch dieses Bedenken mit der Bemerkung, die Gesetzgeber hätten sich eines „sachlichen Fehlers" schuldig gemacht, genügend entkräften zu können. Dass dieser Paragraph dem Konstruktionsversuch Hellwigs,[3]) die Anfechtung als publizistische Bewirkungsklage, ähnlich der Anfechtungsklage nach § 2342 B. G. B. aufzufassen, direkt entgegensteht, bedarf wohl nicht einer weiteren Begründung.

Trotz „der sorgfältigen Beseitigung" (Hellwig) der Bezeichnung „Anfechtungsanspruch" im Anf. G., ist dieser Ausdruck nur in 3 Paragraphen (§§ 3, 4, 11) beseitigt worden, während er in ebensovielen Paragraphen (§§ 5, 10, 13) stehen geblieben ist. Die Erklärung dieses stehengebliebenen Ausdrucks bereitet den Anhängern Hellwigs Verlegenheit. Nach ihnen bewirkt die Anfechtung Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses und erst aus dieser Nichtigkeit entspringen, je nach der Natur des Rechtsverhältnisses, Ansprüche, die meistens dingliche Herausgabean-

[1]) vgl. Langheineken a. a. O. S. 116; K. Meyer, J. W. 02 S. 614.
[2]) Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 957.
[3]) Hellwig, D. J. Z. S. 249.

sprüche sein werden. Ist jedoch das anfechtbare Rechtsgeschäft „in den Grenzen bloss obligatorischer Beziehungen“[1]) geblieben, so wird sich die Anfechtung mit der Vernichtung der obligatorischen Beziehungen begnügen, ohne dass mit Notwendigkeit Ansprüche hieraus erwachsen. Diese verschiedenen, nicht immer notwendig entstehenden Ansprüche als „Anfechtungsansprüche“ zu bezeichnen (so Hellwig)[2]), ist zum mindesten ungenau und kann das nicht wiedergeben, was das Gesetz darunter versteht: nämlich einen einheitlichen Anspruch, dessen Inhalt durch die §§ 37 K. O. 7 Anf. G. genau festgelegt wird. Diese Schwierigkeit hat einen Anhänger der Dinglichkeitslehre[3]) dazu gebracht, neben der Anfechtungsbefugnis einen selbständigen Anfechtungsanspruch anzunehmen: „Im Anfechtungsrecht der Gläubiger, sowohl dem konkursrechtlichen wie dem ausserkonkursrechtlichen, liegen zwei rechtliche Momente: Ein Recht auf Anfechtung und ein Anspruch auf Duldung der Befriedigung aus den Gegenständen, welche durch die Anfechtung für das rechtliche Verhältnis zum Anfechtungsberechtigten wieder in das Vermögen des Schuldners uneingeschränkt zurück versetzt werden“. Nur nebenbei sei der als misslungen zu bezeichnende Erklärungsversuch Hellmanns[4]) erwähnt, dass der Anfechtungsanspruch an den Stellen, an denen er stehen geblieben sei, als ein Anspruch im prozessrechtlichen Sinne zu verstehen sei und daher nicht beseitigt worden wäre. Eine höchst willkürliche Erklärung, der gegenüber Jäger vollständig mit Recht bemerkt[5]): „Es würde im hohen Grade befremdlich sein, wenn dasselbe kurze Gesetz, ja derselbe Paragraph (§ 13), ein

[1]) Motive, Hahn IV, S. 744.

[2]) Zeitschr. S. 485.

[3]) Walsmann in Iher. Jahrb. 49 S. 297, 305, ähnlich wohl auch Voss, Iher. Jahrb. 51 S. 422, nach dem aus der Anfechtung ein Anspruch auf Rückgewähr entsteht.

[4]) a. a. O. S. 414 f.

[5]) Gl. Anf. S. 61.

und denselben Ausdruck in zwiespältiger Bedeutung gebrauchte. Weder die Materialien noch die Literatur noch die Judikatur des früheren Anfechtungsrechts wissen etwas von dieser Begriffsspaltung".

Gegen die Dinglichkeitslehre sprechen auch die grossen theoretischen Schwierigkeiten, die sich mit Annahme einer dinglich wirkenden Anfechtung ergeben. Wie schon mehrfach angedeutet, ist die gegnerische Auffassung gezwungen, eine Anfechtung mit relativer Nichtigkeit anzunehmen. Die Relativität besteht nicht darin, dass nur den Konkursgläubigern bezw. Einzelgläubigern die Anfechtung zusteht und nach erfolgter Anfechtung absolute Nichtigkeit eintritt — das wäre konsequent im Sinne des Bürgerlichen Rechts, so auch Fitting[1]), — sondern die Nichtigkeit tritt nur zwischen Anfechtungsgläubiger und Anfechtungsgegner ein (im Falle der Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens sogar nur in Höhe der nicht gedeckten Forderung des Gläubigers), während das angefochtene Rechtsgeschäft seine Wirkungen zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner und gegenüber jedem Dritten behält[2]) — eine dem Bürgerlichen Gesetzbuch völlig fremde Regelung, die eine neue Art der Anfechtung einführt, eine Anpassung an das Bürgerliche Recht aber nicht zur Folge hat.

In anderem Zusammenhange ist bereits darauf hingewiesen worden, dass durch die dingliche Anfechtung meistens ein auf der Nichtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung beruhender Herausgabeanspruch entstehen wird. Die Konstruktion dieser dinglichen Klage bereitet ebenfalls die grössten Schwierigkeiten[3]). Mit der Eigentumsklage können die Gläubiger bezw. der Konkursverwalter nicht vorgehen, da ja nicht ihnen, sondern dem Schuldner

[1]) a. a. O. S. 229.

[2]) Hellwig, Zeitschr. S. 477 f.

[3]) vgl. Oertmann, Zeitschrift für Deutsch. Ziv. Proz. Bd. 33 S. 14 f.

das Eigentum zurückfällt (und doch soll das Geschäft zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner rechtsbeständig bleiben, das frühere Eigentum zwischen ihnen nicht wieder hergestellt werden!). Ein Prozessführungsrecht, wie es nach § 1380 B. G. B. dem Ehemann zusteht, ist ihnen vom Gesetz nicht gewährt; als Vertreter des Schuldners können sie auch nicht auftreten, da damit auch dem Schuldner gegenüber die anfechtbare Rechtshandlung aufgehoben würde. Der von Hellwig[1]) gewählte Ausweg aus diesen Schwierigkeiten, der Konkursverwalter gibt die Anfechtungserklärung für die Gläubiger ab, „die Folgen dieser Aktion treten direkt nicht für die Gläubiger, sondern für die Konkursmasse ein", ist nicht ohne Bedenken für die Konkursanfechtung und versagt völlig bei der Einzelanfechtung. Auf ein noch eigenartigeres Aushilfsmittel verfällt Fitting[2]): „Durch jede Rechtshandlung, die aus einem der gesetzlichen Gründe einer späteren Gläubigeranfechtung unterliegen kann, entsteht sofort im Interesse der Gläubiger ein gesetzlich bedingtes, zum Vermögen des Schuldners gehöriges (!) Anfechtungsrecht, das jedoch, weil es eben bloss zum Schutz der Gläubiger besteht, die Eigentümlichkeit hat, niemals von dem Schuldner selbst ausgeübt werden zu können, sondern immer nur von einem anderen, sei es von einem einzelnen benachteiligten Gläubiger bloss zu seinen Gunsten, sei es von dem Konkursverwalter zu Gunsten aller benachteiligten Gläubiger". Fürwahr recht eigentümlich!

Was nun die Änderungen anbetrifft, welche die Novelle zur K. O. gebracht hat, so stehen sie der Auffassung einer obligatorisch wirkenden Anfechtung nicht entgegen. Wenn fortab die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs von der Einhaltung einer Ausschlussfrist abhängig gemacht worden ist, so beweist dies an

[1]) Zeitschr. S. 485.
[2]) a. a. O. S. 212, Note 2.

sich garnichts gegen die Anspruchsnatur des Anfechtungsrechts, zumal da auch das Bürgerliche Gesetzbuch Ansprüche kennt, deren Geltendmachung an eine Frist gebunden ist (z. B. §§ 861, 862 mit § 864 B. G. B.). Nach § 41 Abs. 2 K. O. kann der Verwalter auch nach Ablauf der Ausschlussfristen das Anfechtungsrecht im Wege der Einrede geltend machen. Dieses Fortbestehen des Anfechtungsrechts beweist, dass es keine Befugnis ist, sondern ein Anspruch, dessen Geltendmachung an eine Ausschlussfrist gebunden ist. Ebensowenig beweist an sich die Abänderung der Bezeichnung „Anfechtungsanspruch" durch den neutralen Ausdruck „Anfechtung" etwas gegen die Obligationstheorie. Nur in Verbindung mit der Begründung, dass der Anfechtungsanspruch kein Anspruch im Sinne des B. G. B. § 194 sei, bereiten die Neuerungen der Novelle der Obligationstheorie Schwierigkeiten. Wie jedoch im Vorstehenden nachgewiesen ist, ist eine Anpassung der Gläubigeranfechtung an die Anfechtung des Bürgerlichen Gesetzbuches unmöglich erfolgt, und nur die Auffassung einer obligatorisch wirkenden Anfechtung möglich. Es ergibt sich daraus, dass die Ansicht der Redaktionskommission eine irrige sein muss.

Von diesem Irrtum hat man sich bei der Auslegung des Gesetzes frei zu machen und man wird klar erkennen, dass die Gläubigeranfechtung ein eigenes, dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht unterworfenes Rechtsinstitut ist und, seinem Zweck entsprechend, dem Gläubiger einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr nach §§ 37 K. O., 7 Anf. G. gewährt[1]).

[1]) So die herrschende Meinung: Bernhardi, Anf. G. § 7 Anm. 1; § 9 Anm. 1; Cosack, a. a. O. 238; Endemann, Lehrbuch des B. G. B. 9. Aufl. S. 1249 ff; Jäger, K. O. § 29 Anm. 9; Gläubigeranfechtung § 1 Anm. 15 ff; Kohler, a. a. O. § 21; Kurlbaum, a. a. O. S. 5 ff; Langheineken, a. a. O. S. 115 ff; Leonhard, der allg. Teil des B. G. B. Berl. 1900 S. 444; Karl Meyer, J. W. 02 S. 618; Oertmann, a. a. O. S. 2 ff; Rintelen, das Konkursrecht Halle 1902 S. 169; v. Sarwey-

V. Anhang.

Praktische Folgerungen aus dem Unterschied der Auffassung.

Die innere Berechtigung zu einem theoretischen Streit liegt immer in der Bedeutung, die die Folgerungen aus der einen oder anderen Auffassung für das praktische Rechtsleben haben. In dieser Hinsicht ist unsere Streitfrage bei der grossen Gegensätzlichkeit der streitenden Meinungen von weittragender praktischer Bedeutung. Allerdings wird diese Bedeutung etwas eingeschränkt durch die positiven Bestimmungen des Gesetzes, die in vielen Punkten ein zu weites Auseinandergehen der Folgerungen aus der einen oder der anderen Auffassung verhindern. So findet z. B. in den §§ 37 K. O., 7 Anf. G. der „Anfechtungsanspruch" seine positive Regelung, die auch für die Dinglichkeitslehre massgebend bleibt. In

---

Bossert, a. a. O. S. 149; Seuffert, a. a. S. 220; Silbermann, die Konkurspauliana Würzburg 1902 S. 63 ff; Stiebeling, das Recht der Anfechtung, 1908 S. 87, Riehl, das System der dtsch. Gläubigeranfechtung bei Gruchot Bd. 53, S. 161 ff, insbes. S. 501; Sperlich, Streitfragen des dtsch. Konkursrechts, Halle 1904 S. 23 ff; Tschierschki, a. a. O. S. 31 ff; v. Wilmowski, Kurlbaum-Kühne, a. a. O. S. 136 Anm. 11; Wendt. a. a. O. S. 461; Kleinfeller, D. J. Z. 03. S. 386 ff. Auch das Reichsgericht hat an dieser Auffassung stets festgehalten und betont immer und immer wieder den obligatorischen Charakter des Anfechtungsrechts. In der Entscheidung vom 3. Mai 1904 (R. G. 58 S. 106/7) heisst es: „Eine . . . dingliche Wirkung der Anfechtung ist vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung für das alte Recht abgelehnt worden, und die neue Fassung bietet keinen Anlass, den Boden dieser Rechtsprechung zu verlassen." Und R. G. 70 S. 113: „Es ist ein in der Rechtsprechung und überwiegend auch in der Rechtslehre anerkannter Grundsatz, dass die Anfechtung wegen Gläubigerverkürzung nicht die dingliche Wirkung hat, die der auf Willensmängel gegründeten Anfechtung durch das Gesetz (§ 142 B. G. B.) beigelegt ist. Die erstgenannte Anfechtung begründet für den anfechtenden Gläubiger lediglich ein obligatorisches Recht des aus § 7 A. G. (§ 37 K. O.) ersichtlichen Inhalts. Vgl. noch R. G. 48 S. 149; 50 S. 124; 52 S. 340; 58 S. 44; 60 S. 425; 71 S. 176; 73 S. 428.

den §§ 38, 39 K. O., 8 Anf. G. wird der Anspruch auf die Gegenleistung (bezw. Forderung) des Anfechtungsgegners in einer von der einen oder anderen Auffassung mehr oder weniger abweichenden, jedoch für beide in gleicher Weise massgeblichen Form geregelt. Endlich gibt in den §§ 40 K. O., 11 Anf. G. das Gesetz für beide Theorien zwingende Vorschriften über die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger.

Nur wo das Gesetz schweigt oder eine verschiedene Auslegung zulässt, hat der Unterschied in der Auffassung seine praktische Bedeutung. Im folgenden soll anhangsweise auf verschiedene, für die Praxis bedeutsame Unterschiede hingewiesen werden.

Der Unterschied beider Auffassungen ist im Kernpunkt folgender: Vom Standpunkt der Dinglichkeitslehre tritt mit der Anfechtung (wenigstens dem anfechtenden Gläubiger gegenüber) eine Auflösung des angefochtenen Geschäfts mit rückwirkender Kraft ein; das Geschäft gilt als nicht vorgenommen (l. Entwurf B. G. B. zu § 112: „Es wird so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre"), daher sind die Wirkungen des Geschäfts als nicht eingetreten anzusehen, der anfechtbar übertragene Gegenstand fällt wieder in das Eigentum des Schuldners zurück, die anfechtbar aufgegebene oder erlassene Forderung lebt wieder auf, der durch anfechtbare Unterlassung aufgegebene Vermögenswert gilt als nicht aufgegeben (so wenigstens Hellmann, a. a. O. S. 418).

Hingegen vom Standpunkt der Obligationstheorie gewährt die Anfechtung nur einen persönlichen Anspruch auf „Rückgewähr", auf „Wegräumung der Geschäftsfolgen", wie sich zutreffend Leonhard[1]) ausdrückt. Hier hat also der Gläubiger nicht ein dingliches Recht am Anfechtungsgegenstand, sondern nur einen persönlichen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner.

[1]) a. a. O. S. 444.

In diesem Unterschied wurzeln die Folgerungen aus der einen oder der anderen Auffassung.

§ 14. Praktische Bedeutung für das formelle Recht.

Auf dem Gebiet des formellen Rechts kommt dieser Unterschied in der Gestaltung der die Anfechtung realisierenden Klage zum Ausdruck. Vom Standpunkt der Dinglichkeitslehre ist zwischen Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch (im Hellwig'schen Sinne) streng zu unterscheiden; beide sind vollkommen unabhängig voneinander. Das Anfechtungsrecht erzeugt in seiner Ausübung die Nichtigkeit; der Anfechtungsanspruch macht die Folgen der Nichtigkeit geltend. Klagegrund für den anhängig gewordenen Anfechtungsanspruch ist die Nichtigkeit und ihre Folgen, und nicht das Anfechtungsrecht. Geht daher der anfechtende Gläubiger z. B. vom Anfechtungsgrund des § 31 N. 1 K. O. auf den des § 30 N. 1 K. O. über, so bedeutet das für die schwebende Klage keine Änderung des Klagegrunds (§§ 264 268, 527 Z. P. O.). Naturgemäss verliert die Klage hier ihren einheitlichen Charakter, denn bald geht sie als dingliche Klage auf Herausgabe, bald macht sie ein durch die Anfechtung wieder hergestelltes obligatorisches Rechtsverhältnis geltend; auch kann der Gläubiger nur die Rechte des Gemeinschuldners, die diesem nach erfolgter Anfechtung zustehen, geltend machen.

Für die obligatorisch wirkende Anfechtung dagegen besteht ein Unterschied zwischen Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nicht. Der Anfechtungsanspruch ist gegeben, wenn die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Daher sind bei seiner klageweisen Geltendmachung diese Voraussetzungen sein Klagegrund. Ein Übergehen von der einen zur anderen würde eine Änderung des Klagegrundes sein (§§ 264, 268, 527 Z. P. O.). Ist daher ein Anspruch rechtskräftig ab-

gewiesen, so steht seiner nochmaligen Geltendmachung mit anderer Begründung der Einwand der Rechtskraft nicht entgegen (§ 322 : 1 Z. P. O.). Hier ist auch der vom Gesetz geforderte einheitliche Charakter der Klage gewahrt: Der Anfechtungsanspruch ist ein selbständiger Anspruch, also nicht von den Rechten des Gemeinschuldners abhängig, die diesem nach erfolgter Anfechtung zustehen, er geht stets auf eine „Rückgewähr".

Die Verschiedenheit des Klageanspruchs bedingt auch eine verschiedene Prozesslage bezüglich des Streitgegenstandes. Dieser ist bei Annahme einer dinglichen Wirkung streitbefangen im Sinne von § 265 Z. P. O., und insofern ist der Gläubiger durch die Vorschriften des § 325 Z. P. O. gegen eine nachteilige Veräusserung im Laufe des Anfechtungsprozesses gesichert. Diese Folgerung ist unbedingt bei der konkursmässigen Anfechtung zu ziehen, bei der Einzelanfechtung erscheint mir jedoch wegen der Relativität der Nichtigkeit — das Eigentum des Schuldners am Anfechtungsgegenstand wird nur soweit wieder hergestellt, als es die Befriedigung des Gläubigers erfordert — die Möglichkeit einer Streitbefangenheit im Sinne des § 265 Z. P. O. dann, wenn der Anfechtungsgegenstand selbst unteilbar ist, recht zweifelhaft.

Vom Standpunkt der Obligationstheorie ist die Anwendbarkeit der §§ 265, 325, 727, 730, 750 Z. P. O. auf den Streitgegenstand abzulehnen[1]). Der Gläubiger ist gegen eine Veräusserung nur soweit geschützt, als nach den §§ 40 K. O., 11 Anf. G. eine eigene Anfechtbarkeit begründet ist.

Die gegensätzliche Auffassung ist ferner von Bedeutung für die Zuständigkeitsfrage.[2]) Vom gegnerischen Standpunkt aus ist, sobald es sich um eine unbewegliche Sache handelt, der ausschliessliche Gerichtsstand des § 24 Z. P. O. gegeben. Dieser Gerichtsstand

[1]) Jäger, K. O. § 29 Anm. 16; Gl.-Anf. § 1 Anm. 22.

[2]) vgl. Jäger, K. O. § 29 Anm. 18; Gl. Anf. § 1 Anm. 24.

kommt für die obligatorisch wirkende Anfechtung nicht in Betracht. Für den obligatorischen Anfechtungsanspruch als einen vermögensrechtlichen Verschaffungsanspruch ist der allgemeine Gerichtsstand der §§ 13 ff. Z. P. O. gegeben, möglichenfalls die Gerichtsstände der §§ 20, 21, 23 Z. P. O. Diese nicht ausschliesslichen Gerichtsstände lassen auch eine Vereinbarung auf ein anderes Gericht zu (§ 38 Z. P. O.). Bei Anfechtung eines Vertrages ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 Z. P. O) nicht gegeben, denn die Rückgewährsverbindlichkeit beruht nicht auf dem Vertrage, sondern auf dem Gesetze. Anders bei der dinglich wirkenden Anfechtung. Wird hier z. B. ein günstiger Kaufvertrag vom Schuldner in anfechtbarer Weise aufgelöst, so gilt nach erfolgter Anfechtung der Vertrag als noch bestehend, und der Konkursverwalter oder Einzelgläubiger wird die Leistung aus dem Vertrage einklagen: Der Gerichtsstand des § 29 Z. P. O. ist hier geboten.

§ 15. Die praktische Bedeutung für das materielle Recht.

Auf dem Gebiete des materiellen Rechts ist der Unterschied in der Auffassung in folgenden Fragen von praktischer Bedeutung:

Ist durch die Anfechtung die Eigentumsübertragung eines Grundstücks aufgehoben worden, so erlangt der Gläubiger infolge der dinglich wirkenden Anfechtung unmittelbar ein Recht auf Grundbuchberichtigung (§ 894 B. G. B.), zu dessen Sicherung er einen Widerspruch (§ 899 B. G. B.) eintragen lassen kann.[1]) Mit der Bewilligung der Eintragung einer Grundbuchberichtigung ist die Rückgewähr erschöpft; es erübrigt sich also, worauf mit Recht Hellwig[2]) hinweist, die Auflassung und die damit möglicherweise verbundene Stempelgebühr und Umsatzsteuer.

[1]) Jäger, K. O. § 29 Anm. 15; Gl. Anf. § 1 Anm. 21.
[2]) a. a. O. S. 481.

Im Gegensatz hierzu kommt die Obligationstheorie zu ganz anderen Ergebnissen. Der aus der konkursmässigen Anfechtung einer Grundstücksveräusserung sich ergebende Anspruch auf Rückgewähr des Grundstücks ist ein obligatorischer Anspruch auf Rückauflassung, und dementsprechend ist eine Sicherung nicht durch Widerspruch, sondern nur durch Vormerkung nach § 883 B. G. B. möglich[1]). Die Erfüllung dieses Anspruchs erfolgt erst durch Rückübertragung an den Gemeinschuldner (Konkursmasse); die Kosten der Auflassung werden also nicht vermieden. Bei der ausserkonkursmässigen Anfechtung hingegen besteht die Verpflichtung des Anfechtungsgegners in einem Dulden des Zwangszugriffs des Gläubigers; es ist also hier der Anfechtungsanspruch nicht einmal zu einer Sicherung im Wege der Vormerkung (§ 883 B. G. B.) geeignet.[2]) In diesem Falle ist der Gläubiger zur vorläufigen Sicherung seines Anspruches auf andere prozessuale Behelfe angewiesen: Auf die einstweilige Verfügung nach § 935 Z. P. O., sofern es sich um eine Sachleistung handelt; auf den Arrest nach § 916 Z. P. O., sofern eine Geldleistung in Frage kommt.

Gerät der Anfechtungsgegner in Konkurs, so gestalten sich auch hier die Verhältnisse je nach der einen oder anderen Auffassung verschieden. Durch die dinglich wirkende Anfechtung wird das frühere Eigentum, und zwar ex tunc, wieder hergestellt; sie begründet also, auch wenn sie erst im Konkurse ausgeübt wird, in Bezug auf den Streitgegenstand ein Aussonderungsrecht des anfechtenden Gläubigers nach § 43 K. O. Ausserhalb des Konkurses wird dementsprechend der Anfechtende der Pfändung des Anfechtungsgegenstandes durch einen Einzelgläubiger des Anfechtungsgegners mit der Widerspruchsklage aus § 771 Z. P. O. entgegentreten können.

[1]) s. Jäger, K. O. § 29 Anm. 15, Gl. Anf. § 1 Anm. 21.
[2]) vgl. R. G. v. 9. 5. 05. Bd. 60, S. 423 ff.

Der auf ein Verschaffen gehende obligatorische Anfechtungsanspruch dagegen begründet im Konkurse des Anfechtungsgegners nur eine Konkursforderung und bildet, da er kein „die Veräusserung hinderndes Recht“ ist, ausserhalb des Konkurses keine Grundlage für die Widerspruchsklage des § 771 Z. P. O. Auch hier bringen Arrest und einstweilige Verfügung Abhilfe.

Im Zusammenhang hiermit steht die lebhaft umstrittene Frage, ob der Anfechtungsanspruch die Widerspruchsklage mit dem ausschliesslichen Gerichtsstand der Zwangsbereitschaft (§§ 771, 802, 40 Abs. 2 Z. P. O.) begründet, wenn der Pfändungsakt selbst in anfechtbarer Weise vorgenommen ist. Die Anhänger der Dinglichkeitslehre haben sich für die Anwendbarkeit erklärt, aber auch zahlreiche Schriftsteller vertreten vom Standpunkt der Obligationstheorie (so z. B. Cosack, a. a. O. S. 235; Kohler, a. a. O. S. 137 und R. G. in ständiger Praxis) die Anwendbarkeit, während andere Anhänger[1]) der herrschenden Lehre sich dagegen ausgesprochen haben.

Die Widerspruchsklage hat zur Voraussetzung: einmal einen „Dritten“, der den Widerspruch erhebt und ferner „ein die Veräusserung hinderndes Recht (des Dritten) am Gegenstand der Zwangsvollstreckung“. Wenn nun auch der anfechtende Gläubiger oder Verwalter als ein vom Schuldner und vom pfändenden Gläubiger verschiedener Dritter anzusehen ist, so wird doch durch die (dinglich wie obligatorisch) wirkende Anfechtung ein „die Veräusserung hinderndes Recht“ am Vollstreckungsgegenstand nicht erworben. Nach der herrschenden Meinung sind als solche Rechte nur diejenigen obligatorischen und dinglichen Rechte zu verstehen, welche die Nichtzugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum

---

[1]) So L. Seuffert, a. a. O. Zeitschr. S. 75 ff.; Langheineken, a. a. O. S. 120; Jäger, K. O. § 29 Anm. 17. Gl. Anf. § 1 Anm. 23 (siehe auch die dort angegebene Literatur).

Schuldnervermögen geltend machen. Diesen Inhalt hat aber der Anfechtungsanspruch in keinem Fall. Der obligatorische Anfechtungsanspruch entsteht erst durch den anfechtbaren Pfändungsakt, richtet sich gegen den vollstreckenden Gläubiger (ist also kein Recht am Gegenstand selbst) und macht nicht die erforderliche Nichtzugehörigkeit zum Schuldnervermögen, sondern höchstens eine gewisse Nichtzugehörigkeit zum Vermögen des Anfechtungsgegners geltend. Desgleichen die dinglich wirkende Anfechtung: sie stellt das durch den Pfändungsakt gestörte volle Eigentum wieder her und betont geradezu die Zugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Schuldnervermögen. Daher ist mit Jäger[1]) anzunehmen, dass auch für die Dinglichkeitslehre die Anwendbarkeit des § 771 Z. P. O. abzulehnen sei. Auch hier wieder kann dem Anfechtungsgläubiger nur durch Arrest und einstweilige Verfügung geholfen werden.

Die verschiedenen Auffassungen führen weiter zu abweichenden Ergebnissen in bezug auf die Anfechtbarkeit von nichtigen Rechtsgeschäften (§§ 116 : 2, 117, 125, ferner 104, 106, 114 mit 105, 108, 111, ferner in Fällen der §§ 119, 120, 123 nach erfolgter Anfechtung). Die Dinglichkeitslehre[2]) verneint sie von ihrem Standpunkt aus mit Recht, da ein an sich nichtiges Geschäft nicht nochmals vernichtet werden kann. Auch wird die Notwendigkeit einer solchen Anfechtung verneint, denn die Nichtigkeit sei auch ohne Anfechtung vorhanden und könne vom Gläubiger wie von jedem Dritten geltend gemacht werden. Entgegen dieser Meinung jedoch hat es sich als ein praktisches Bedürfnis herausgestellt, dass auch in solchen Fällen zur Vermeidung einer unbilligen Benachteiligung der Gläubiger die Anfechtung möglich sei, z. B. überall dort, wo durch den an sich nichtigen

[1]) Gl. Anf. S. 67 Note 1.
[2]) z. B. Fitting, a. a. O. S. 195.

Rechtsakt eine formale Änderung der Rechtslage bewirkt ist (Scheinauflassung). Deutlicher noch zeigt sich dies in folgendem Beispiele: Ein wegen Irrtums nach § 119 anfechtbarer Kaufvertrag ist zugleich nach § 31 Nr. 1 KO. anfechtbar. Der Gemeinschuldner hat nach § 143 B. G. B. sein Anfechtungsrecht vor Eröffnung des Konkurses ausgeübt; das Kaufgeschäft ist also nach § 142 nichtig. Es wäre nun unbillig, wenn der Konkursverwalter die durch die Anfechtung nach § 143 B. G. B. eingetretenen nachteiligen Rechtsfolgen (z. B. das negative Vertragsinteresse nach § 122 B. G. B.) durch die Anfechtung nach § 31 Nr. 1 K. O. nicht sollte abwenden können.[1])

Das nichtige Geschäft ist immerhin eine „Rechtshandlung", und hat sie als solche unbillige Schädigungen des Gläubigers zur Folge, so werden diese durch die Gläubigeranfechtung zweckentsprechend beseitigt. Doch nur vom Standpunkt der Obligationstheorie[2]) lässt sich eine solche Anfechtung rechtfertigen; die Dinglichkeitslehre kommt hier notwendig zu einem negativen Resultat.

In den §§ 37 K. O., 7 Anf. G. regelt das Gesetz die Rückgewährspflicht: Alles, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners, „veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist", muss zurückgewährt werden. Diese weite Fassung führt die streitenden Meinungen zu einer verschiedenen Auffassung bez. des Umfangs der Haftung des Anfechtungsgegners. Vom

[1]) Es sei auf den in diesem Beispielsfall sehr deutlich hervortretenden Unterschied zwischen Gläubigeranfechtung und der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung hingewiesen. Vgl. auch das Beispiel bei Jäger, Gl. Anf. S. 99.

[2]) vgl. Jäger, K. O. § 29 Anm. 46, 47; Gl. Anf. § 1 Anm. 57, 58; v. Wilmowski, a. a. O. Anm. 10 vor § 29; Korn S. 206; Linsmayer S. 38; Silbermann S. 15. Auch das Reichsgericht hat sich in mehreren Entscheidungen auf denselben Standpunkt gestellt (z. B. R. G. v. 14. 1. 02 Bd. 50, 121). Abw. v. Sarvey-Bossert S. 150; Otto S. 26; Jaeckel, S. 7.

Standpunkt der Dinglichkeitslehre ist ebenso wie für die Anfechtung, so auch für die Rückgewährspflicht das Bürgerliche Recht mit seinen allgemeinen Vorschriften (§ 292 f.) anzuwenden[1]). Damit findet die Schadensersatzpflicht wegen Verschlechterung, Untergangs oder Unmöglichkeit der Herausgabe des Leistungsgegenstandes, die Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und der Ersatz für Verwendungen für die Zeit nach der Rechtshängigkeit seine einheitliche Regelung. Für die Zeit vor der Anfechtung sind hierfür, wie Hellwig[2]) ausführt, die Grundsätze des § 818 ff. B. G. B. massgebend. § 819 B. G. B. lässt die strengere Haftung, die mit der Rechtshängigkeit eintritt (§ 818 Abs. 4), für den Fall zu, dass der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes kennt. Da nun § 142 : 2 B. G. B. die Kenntnis der Anfechtbarkeit der Kenntnis der Nichtigkeit gleichstellt, so folgt daraus, dass in allen Fällen der Anfechtbarkeit, ausgenommen in den Fällen der Anfechtbarkeit auf Grund einer unentgeltlichen Vergabung, die strengere Haftung der Rechtshängigkeit (§§ 819, 818 Abs. 4 B. G. B.) platzgreift.

Die Anhänger[3]) der Obligationstheorie erklären zwar die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über „die Verpflichtung zur Leistung“ (§ 241 ff.) für anwendbar. Diese Vorschriften jedoch regeln nur die Haftung für die Zeit *nach* der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs. Die Rechtsverhältnisse *vor* der Rechtshängigkeit dagegen sind nur nach den Bestimmungen der K. O. und des Anfechtungsgesetzes auszulegen, und hier gehen die Ansichten weit auseinander. Nach Seuffert[4]) lässt sich eine Verpflichtung zur Herausgabe oder zur Vergütung der vor Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen

[1]) So Hellwig, Zeitschr. S. 483; Vertr. S. 385.

[2]) Zeitschr. S. 484; Verträge S. 385.

[3]) So Jäger, Gl. Anf. S. 223; Sarwey-Bossert, S. 180/81, von Wilmowski, S. 181 ff.

[4]) a. a. O. S. 222.

oder zu ziehenden Nutzungen nicht konstruieren. Die Frage nach der Haftung für zufälligen oder verschuldeten Untergang des Leistungsgegenstandes in der Zeit vor der Rechtshängigkeit lässt er offen.

Nach Kohler[1]), der zum Teil eine deliktische Grundlage des Anfechtungsrechts annimmt („Missetatschuldanfechtung"), tritt für die Zeit vor der Rechtshängigkeit für den Anfechtungsgegner (ausgenommen den gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Vergabung), da er nach Kohlers Annahme stets bösgläubig ist, die strengere Haftung der Rechtshängigkeit nach B. G. B. §§ 819, 987 ff. ein; für Zufall haftet er nicht.

Nach der überwiegenden Mehrzahl[2]) der Schriftsteller bestimmt sich, wie wohl mit Recht anzunehmen ist, die Haftpflicht des Anfechtungsgegners nach dem, was aus dem Vermögen des Schuldners aufgegeben ist und nicht danach, was noch von dem Erwerb zur Zeit der Anfechtung in dem Vermögen des Gegners vorhanden ist. Mit anderen Worten, der Anfechtungsgegner hat den Gläubigerzugriff so zu ermöglichen, wie er ohne das anfechtbare Rechtsgeschäft am Schuldnervermögen möglich gewesen wäre. Es tritt demnach eine Haftung für die gezogenen und die schuldhaft nicht gezogenen Früchte, für verschuldete oder zufällige Verschlechterung bezw. Verlust ein; im letzteren Falle gilt eine Ausnahme dann, wenn der Anfechtungsgegner nachweist, dass die zufällige Verschlechterung oder der zufällige Verlust auch beim Schuldner eingetreten wäre. — Hiernach stimmt in der Hauptsache trotz der verschieden beschrittenen Wege die Obligationstheorie mit der Dinglichkeitslehre überein.

Durch die dinglich wirkende Anfechtung bricht das Geschäft von selbst und ex tunc zusammen. Daraus

[1]) a. a. O. S. 143, 144.

[2] vgl. Jäger, K. O. § 37 Anm. 15 ff.; Gl. Anf. § 7 Anm. 11 ff.; v. Sarwey-Bossert, S. 150 ff.; v. Wilmowski, a. a. O. § 37 Anm. 4 ff.

folgt, dass jeder Teil unmittelbar einen Herausgabeanspruch des von ihm geleisteten und nun wieder in sein Vermögen zurückgefallenen Gegenstandes geltend machen kann. Hiernach hätte die in § 38 K. O. geregelte Erstattungspflicht einer Gegenleistung einen dinglichen Charakter und könnte als Aussonderungsrecht geltend gemacht werden. Die herrschende Meinung dagegen sieht mit Recht im § 38 K. O. nur einen obligatorisch geregelten Erstattungsanspruch, „ein obligatorisches Recht auf Wiederbeseitigung einer zur Zeit noch bestehenden Rechtsänderung".[1])

Zum Schluss sei noch auf folgenden Unterschied hingewiesen: Nach Hellwigs und seiner Anhänger Theorie ist die durch die Anfechtung eintretende Nichtigkeit eine relative d. h. das angefochtene Rechtsgeschäft ist nur dem anfechtenden Gläubiger gegenüber nichtig, nicht aber dritten Personen. Ist nun im Konkurs die Rückgewähr zur Konkursmasse erfolgt, hat aber eine Verteilung nicht stattgefunden, so lebt mit der Beendigung des Konkurses das Recht des Gegners am zurückgewährten Gegenstand von selbst wieder auf, ohne dass es eines besonderen Übertragungsaktes bedarf.

Anders die herrschende Meinung: Hat der Anfechtungsgegner seiner gesetzlichen Verbindlichkeit durch Rückgewähr genügt, so hat er sich damit endgültig seines Rechts begeben. Wird daher der Konkurs beendet, ohne dass es zur Verteilung gekommen ist, so leben seine Rechte nicht wieder auf, sondern es bedarf zur Beseitigung dieses Ergebnisses besonderer Rechtsakte[2]). Ein Recht auf Beseitigung steht dem Anfechtungsgegner nur insoweit zu, als das unter den Parteien rechtsverbindlich gebliebene Rechtsgeschäft ergibt.

---

[1]) vgl. Jäger, K. O. § 38 Anm. 1.
[2]) vgl. Jäger, K. O. § 37 Anm. 22.

Lebenslauf.

Ich, Friedrich Wilhelm Hermann Schwarzer, bin am 16. April 1883 in Posen geboren als Sohn des damaligen Gymnasialoberlehrers Dr. phil. Josef Schwarzer und seiner Ehefrau Wanda, geb. Steffens. Ich bin preussischer Staatsangehörigkeit und katholischer Konfession. Meine Schulausbildung erhielt ich auf dem städtischen Realgymnasium Zum heiligen Geist in Breslau, wo ich auch Ostern 1903 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte hierauf 7 Semester an den Universitäten Breslau und Genf die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 11. März 1907 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 19. Oktober 1911 die zweite juristische Staatsprüfung und am 9. Juni 1909 vor der hohen juristischen Fakultät in Breslau die mündliche Doktorprüfung. Anfang März 1912 habe ich mich als Rechtsanwalt in Landeshut i. Schl. niedergelassen.